

**Der ergänzende wettbewerbsrechtliche
Kennzeichenschutz
mit Blick auf die Rechtslage in England, USA
Frankreich und Italien**

Jörg Pluta

1977



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555625_0008

Der ergänzende wettbewerbsrechtliche Kennzeichenschutz
mit Blick auf die Rechtslage in England, USA
Frankreich und Italien

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

J. P l u t a

1977

Referent: Professor Dr. Friedrich-Karl Beier

Koreferent: Professor Dr. Dieter Pfaff

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juli 1977



GLIEDERUNG

<u>1. Kapitel:</u>	Einleitung	1
1.	Das Problem	1
2.	Leitlinien der Stellungnahme	4
3.	Der gegenwärtige Rechtszustand	5
4.	Fragestellung	12
5.	Gang der Untersuchung	13
1. Teil -	Die Rechtslage im Ausland	16
<u>2. Kapitel:</u>	Der anglo-amerikanische Rechtskreis	16
I.	Allgemeine Grundlagen	16
1.	Common Law und Equity	16
2.	Case Law und Statutory Law	19
II.	Die Entwicklung in Großbritannien	20
1.	Die grundlegenden englischen Entscheidungen	22
2.	Die Entwicklung der Equity-Rechtsprechung zum Warenzeichenrecht	24
3.	Das Verhältnis von action for passing off zu action for infringement of trade mark	31
4.	Keine wettbewerbsrechtliche Generalklausel - Schutz des Kennzeichens nur gegen Ver- wechslungsgefahr	35
5.	Zusammenfassung	37
III.	Die Rechtslage in den USA	38
1.	Die staatsrechtlichen Besonderheiten	38
2.	Das amerikanische Warenzeichenrecht	39
3.	Das Recht der "unfair competition" in USA und seine Anwendung auf Warenzeichenverletzungen - Schutz des Kennzeichens nur gegen Verwech- slungsgefahr	40
4.	Zusammenfassung	48

	Seite
<u>3. Kapitel:</u> Der kontinental-europäische Rechtskreis	49
A. Frankreich	49
I. Die zeichenrechtliche Entwicklung	49
II. Das Markengesetz vom 23.6.1857	50
III. Der unlautere Wettbewerb - Concurrence déloyale	52
Zwischenergebnis	61
IV. Das Markengesetz vom 31.12.1964	62
V. Zusammenfassung	68
B. Italien	71
I. Zeichenrechtliche Entwicklung	71
II. Wettbewerbsrechtliche Entwicklung	72
1. Die Wettbewerbsrechtliche Generalklausel - Entwicklung der Rechtsprechung	72
2. Die wettbewerbsrechtliche Gesetzgebung - art. 2598 Cod.Civ.	74
3. Das Verhältnis von Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht	79
III. Zusammenfassung	82
 2. Teil - Das deutsche Recht	 84
Vorbemerkung	84
 <u>4. Kapitel:</u> Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	 84
I. Anerkennung der Ausstattung als zeichenrecht- licher Tatbestand	84
1. Die ersten Urteile zur "sklavischen Nachahmung" - Ausnutzung eines mit Mühe und Kosten errungenen Arbeitsergebnisses	85

2. Präzisierung der RG-Rechtsprechung - Herkunftstäuschung als Merkmal der Unlauterkeit	89
II. Weiterführung der RG-Rechtsprechung	92
1. Ausnutzung eines mit Mühe und Kosten errungenen Ergebnisses nicht mehr unlauter?	92
2. Neue Aspekte der Unlauterkeit - Anschleichen an verkehrsbekannte Aufmachung, Rufausbeutung der Erzeugnisse	93
III. Ausnutzung des besonderen Rufs einer Kennzeichnung	95
1. § 1 UWG als Schutz weithin bekannter Unternehmensbezeichnungen	96
IV. Würdigung der RG-Rechtsprechung	97
1. Die mangelnde Unterscheidung zwischen Leistungs- und Kennzeichnungsschutzrecht für die Anwendung des § 1 UWG auf Warengestaltungen	97
2. Klare Stellungnahme des Reichsgerichts bei der Anwendung des § 1 UWG auf zeichenrechtliche Sachverhalte - Unlauterkeit bei objektiver Verwechslungsgefahr	101
V. Stellungnahme der Literatur	102
1. Anwendung des § 1 UWG als Schutz des mit Mühe und Kosten erlangten Leistungsergebnisses	102
2. Anwendung des § 1 UWG auf dem Gebiet der Leistungsschutzrechte als Schutz gegen Verwechslungsgefahr	104
Zusammenfassung	108
<u>5. Kapitel:</u> Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	110
I. Grundsatz: Die Nähe zur sklavischen Nachahmung	110
1. Rechtsprechung	110
2. Stellungnahme der Literatur	115
3. Eigene Stellungnahme	116

II. Die einzelnen Fallgruppen: Konflikte und Lösungsmöglichkeiten	121
III. Wettbewerbsrechtlicher Schutz bei fehlenden Entstehungsvoraussetzungen des Zeichenschutzes	123
1. Die Rechtsprechung	123
2. Stellungnahmen der Literatur	126
3. Eigene Stellungnahme	127
IV. Der wettbewerbsrechtliche Schutz bei Erfüllung der Entstehungstatbestände zeichenrechtlichen Schutzes	133
1. Die frühen Fallgruppen	133
2. Annäherung ohne Verwechslungsgefahr: Unlauterkeit bei Verwechslungs- und Rufausnutzungsabsicht	136
3. Kritik an der Begründung der Unlauterkeit mit Verwechslungs- und Rufausnutzungsabsicht	138
a) Wettbewerbswidrigkeit wegen Verwechslungsabsicht	138
b) Wettbewerbswidrigkeit wegen Rufausnutzungsabsicht	144
4. Annäherung ohne Verwechslungsgefahr: Unlauterkeit bei Gefahr der Kennzeichenschwächung	150
5. Kritik an der Begründung der Unlauterkeit mit der Schwächung der Kennzeichnungskraft	154
a) Ansicht der Literatur	154
b) Eigene Stellungnahme	155
aa) Kennzeichenschwächung	156
bb) Behinderung	164
V. Schutzgegenstand und subjektive Unlauterkeitsmerkmale	170
1. Gesamtabwägung in der Rechtsprechung des BGH	170
2. Auffassung der Literatur	172
3. Eigene Stellungnahme	174
Zusammenfassung	176

	Seite
3. Teil : Grundsätze einer interessengerechten Lösung	178
Vorbemerkung	178
<u>6. Kapitel:</u> § 1 UWG und das Warenzeichenrecht	178
A. Wettbewerbsrecht	178
I. Verstoß gegen die guten Sitten	178
1. Rechtsprechung und Literatur	179
2. Wertung und eigene Auffassung	183
II. Funktion der Generalklausel	190
III. Zum Verhältnis der Generalklausel zum Zeichenrecht	193
1. Auffassung von Rechtsprechung und Literatur - Entwicklungsbegünstigung als Aufgabe	193
2. Eigene Stellungnahme - Die veränderte Be- deutung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel	196
<u>7. Kapitel:</u> Der Kreis der im Zeichenrecht beachtlichen Interessen	199
I. Die Interessen des Zeicheninhabers	199
1. Der zu erfassende Interessenkreis	199
2. Das Identifizierungsinteresse	201
3. Das "Werterhaltungsinteresse"	203
4. Das Rechtssicherheitsinteresse	205
II. Die Interessen der Wettbewerber	208
1. Das Interesse am Zugang zum Zeichenmarkt	208
2. Das Rechtssicherheitsinteresse	210

	Seite
III. Die Interessen der Allgemeinheit	211
1. Die zu erfassenden Interessenkreise	211
2. Die Individualinteressen	212
3. Das öffentliche Interesse	213
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	214
V. Die Schutzbedürftigkeit des Warenkennzeichens	216
1. Das WZG als Schutz zeichenrechtlicher, nicht tatsächlicher Funktionen	216
2. Die tatsächlichen Funktionen des Zeichens im einzelnen	217
VI. Zum Umfang des zeichenrechtlichen Schutzes	232
1. Die Begrenzung des WZG auf den Schutz der Herkunftsfunktion - Rechtsprechung und Literatur	232
VII. Zusammenfassung und Wertung	241
1. Die Beschränkung des zeichenrechtlichen Schutzes auf den unmittelbaren Schutz der Herkunftsfunktion - Folgerungen für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung	241
2. Betrachtung der ausländischen Rechtslage zum Schutz der Herkunftsfunktion	243
<u>8. Kapitel:</u> Die ergänzende Anwendung der wettbewerbs- rechtlichen Generalklausel zum Schutz von Warenkennzeichen - Typisierte Wett- bewerbswidrigkeit und Leitlinien der Ent- scheidung	245
I. Die Grundsätze	245
1. Die Offenheit des Tatbestands	245
2. Schutzwürdigkeit und Unlauterkeit als Kom- ponenten der Abwägung - Einbeziehung der gesamten Rechtsordnung	246

	Seite
II. Fallgruppen	247
1. Herbeiführung vermeidbarer Herkunftstäuschung	247
a) Anwendung des WZG	247
b) Anwendung des Wettbewerbsrechts bei fehlenden Tatbestandsvoraussetzungen des WZG	249
aa) Fehlender Registereintrag - fehlende Verkehrsdurchsetzung	249
bb) Fehlende ursprüngliche Unterscheidungskraft	254
2. Vermeidbare Behinderung des Zeichens	256
a) Nicht warenzeichenmäßige Mitbenutzung bei inländischen Zeichen	256
b) Benutzung bei ausländischen Zeichen	258
c) Umfassende und häufige Nachahmung der Kennzeichen - "parasitärer Wettbewerb"	260
3. Vertrauensbruch und Erschleichen	262
III. Wertende Interessenabwägung als Grundlage der Entscheidung	263
1. Einwirkung des WZG	263
2. Lösungsmodelle der gesamten Rechtsordnung	263
3. Schutzwürdigkeit der angegriffenen Kennzeichnung	264
a) Natürliche Kennzeichnungskraft	264
b) Verkehrsbekanntheit	265
c) Reelle Ausdehnungstendenz	266
4. Vorwerfbarkeit des Handelns	267
a) Die innere Tatseite	267
b) Beweisanzeichen	268
c) Die Handlung selbst als Anhaltspunkt	269
d) Der konkrete Wettbewerbsbezug	269
e) Zielrichtung des Handelns	270
f) Fehlende kaufmännisch-wirtschaftliche Rechtfertigung	270

I. Kommentare, Monographien

- Adler, Emanuel Der Entwurf eines deutschen
Warenzeichengesetzes, Berlin 1914
- Allfeld, Philipp Gewerblicher Rechtsschutz, Bd. 2:
Schutz der Warenbezeichnungen,
Schutz gegen unlauteren Wettbewerb,
Hamburg 1923
- Amar, Moise Dei nomi, dei marchi et degli altri
segni, Turin 1893
- Arzt, Gunther Die Ansicht aller billig und gerecht
Denkenden, Tübingen 1962, Dissertation
- Ascarelli, Tullio Teoria della concorrenza e dei beni
immateriale, 3. Aufl. Mailand 1960
- Bachof, Otto Grundgesetz und Richtermacht,
Tübingen 1959
- Bauer, Florian Die Agentenmarke, Köln-Berlin-Bonn-
München 1972
- Baumbach, Adolf Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
fortgeführt von Hefermehl
Bd. 1 Wettbewerbsrecht 10. Aufl.
München 1971, zit.:Baumbach-Hefermehl,
UWG
Bd. 2 Warenzeichenrecht, 10.Aufl.
München 1969, zit.:Baumbach-Hefermehl,
WZG
- Bayer, Paul Aloys Die Generalklausel des Gesetzes gegen
den unlauteren Wettbewerb v.7.Juni 1909,
Dissertation Leipzig 1912
- Becchio, Bruno Der kennzeichnungsrechtliche Schutz
von Waren- und Verpackungsformen,
St. Gallen 1971
- Beier, Friedrich-Karl Grundfragen des französischen Marken-
rechts, München-Köln-Berlin-Bonn
1962, zit.: Beier, Grundfragen
- Benkard, Georg Patentgesetz, Kommentar, fortgeführt
von Bock, Ballhaus, Löschner und
Bruchhausen, 5. Aufl., München 1969

- Bosio, Edoardo Il diritto industriale in Italia
Bd.1 Trattado dei marchi, Turin 1904
- Bruch, Werner Die gewerblichen Kennzeichen und ihr
zivilrechtlicher Schutz, Dissertation,
Köln 1936
- Busse, Rudolf Warenzeichengesetz v. 2.1.1968, 4. Aufl.
Berlin 1970
- Callmann, Rudolf: The law of unfair competition, trademarks
and monopolies, Loseblatt-Ausgabe
3. Aufl. Mundelein, Illinois
- Callmann, Rudolf Der unlautere Wettbewerb, 2. Aufl.
Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
- Canaris, Claus-Wilhelm Die Feststellung von Lücken im Gesetz,
Berlin 1964
- Counter, K. The framework and functions of English
law, Oxford 1968
- Deiters, Eva Zum Streit um den Begriff des Verstoßes
gegen die guten Sitten im Wettbe-
werbsrecht, Dissertation Köln 1934
- Derenberg, Walter Warenzeichen und Wettbewerb in den
Vereinigten Staaten von Amerika,
Berlin 1931, zit.: Derenberg, Waren-
zeichen
- Elsaesser, Martin Der Rechtsschutz berühmter Marken,
Weinheim 1959
- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken,
5. Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-
Mainz 1956
- Esser, Josef Grundsatz und Norm in der richter-
lichen Fortbildung des Privatrechts,
2. Aufl. Tübingen 1964, zit.:
Esser, Grundsatz und Norm
- Fikentscher, Wolfgang Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz,
München-Berlin 1958, zit.:
Fikentscher, Wettbewerb
- Finger, Christian Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des un-
lauteren Wettbewerbs, 2. Aufl. Berlin 1907
- Das Reichsgesetz zum Schutze der Waren-
bezeichnungen v.12.Mai 1894 in der Fas-
sung v.2.Dez.1923, 3.Aufl.Berlin 1926
- Freitag, Klaus Peter Der Leistungswettbewerb als rechtliche
Denkfigur, Dissertation Göttingen 1968

- Gamm,
Frhr. Otto-Friedrich v. Warenzeichengesetz, Kommentar, München-
Berlin 1965
- Giannini, Torquato Carlo La Concorrenza sleale, Neapel 1898
- Goedel, Joachim Die warenzeichenrechtliche Problematik
unerwünschter Parallelimporte, Disser-
tation Freiburg i.Br. 1970
- Greco, Paolo Corso di diritto commerciale. Impresa
azienda, Mailand 1957
- Grundwald, Reinhard Sittenwidrigkeit, Rechtswidrigkeit und
dolus malus. Typen und Leitlinien der
Entscheidung, entwickelt an der Bak-
haftung für Kreditmaßnahmen, Disser-
tation, Göttingen 1974
- Guglielmetti, Gianantonio Il Marchio, Oggetto e Contenuto, unver-
änderter Nachdruck der 1. Aufl. 1955,
Mailand 1968
- Hagens, Alfred Warenzeichenrecht, Kommentar, Berlin-
Leipzig 1927
- Hedemann, Justus Wilhelm Die Elucht in die Generalklauseln,
Tübingen 1933
- Holzschuher,
Frh. Ludwig v. Psychologische Grundlagen der Werbung,
2. Aufl. Essen 1969
- Hubmann, Heinrich Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl.
München 1974
- Isay, Hermann Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin
1929
- u.
Mettetal, René (Hrsg.) Internationales Wettbewerbsrecht,
Leipzig 1937, zit.: Isay-Mettetal
- Josserand, Louis De l'esprit des droit et de leur
relativité, Paris 1927
- Katzenberger, Paul Recht am Unternehmen und unlauterer
Wettbewerb, München-Köln-Berlin
1967
- Kaufmann, Arthur Recht und Sittlichkeit, Tübingen 1964
- Kent, Paul Das Reichsgesetz zum Schutze von Waren-
bezeichnungen v.12.Mai 1894,
Berlin 1897

- Kerly Kerly's Law of trademarks and tradenames,
10. Aufl., hrsg.v. T.A. Blanco-White
und Robin Jacobs, London 1972,
zit.: Kerly
- Kirchberger, Hans Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter
Wettbewerb, Berlin 1931
- Kloeppe, E. Die Grundlagen des Markenschutzes,
Berlin-Leipzig 1911
- Kohler, Josef Recht des Markenschutzes, Würzburg 1884
- Kraft, Alfons Interessenabwägung und gute Sitten im
Wettbewerbsrecht, München-Berlin 1963,
zit.: Kraft, Interessenabwägung
- Kuhna, Karlheinz Die Klage wegen unlauteren Wettbewerbs
im französischen Recht, Dissertation,
Münster 1965
- Kunz, Hans Peter Die Verletzung des Markenrechts durch
unerwünschte Importe von Originalwaren,
Dissertation, Tübingen 1966
- Kunze, Gerd Der Behinderungswettbewerb, Dissertation,
Heidelberg 1963
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des deutschen bürger-
lichen Rechts, 2. Aufl. München-Berlin
1972, zit.: Larenz, Allgem. Teil
- Kennzeichen glücklicher richterlicher
Rechtsfortbildungen, Karlsruhe 1965,
zit.: Larenz, Richterliche Rechtsfort-
bildung
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
2. Aufl. Berlin-Heidelberg-New York
1969, zit.: Larenz, Methodenlehre
- Leenen, Detlef Typus und Rechtsfindung, Berlin 1971
- Leisner, Walter Grundrechte und Privatrecht, München 1960,
zit.: Leisner, Grundrechte
- Loewenheim, Ulrich Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung,
Bad Homburg 1970
- Luther, Gerhard Einführung in das italienische Recht,
Darmstadt 1968
- Mathély, Paul Das neue französische Markenrecht,
Weinheim 1967

- Maunz-Dürig-Herzog Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl.,
Loseblatt-Ausgabe, München-Berlin,
zit.: Maunz-Dürig
- Mermillod, Lous Essay sur la notion de concurrence
déloyale en France et aux Etats-
Unis, Paris 1954
- Meyer, Paul Erweiterung und Beschränkung des Immat-
erialgüterrechts durch die Generalklausel
des Wettbewerbsrechts, Dissertation
Freiburg 1931
- Miosga, Willy Benutzungszwang für Warenzeichen,
München 1972
- Warenzeichenrecht in neuerer Sicht,
München 1962
- Nerreter, Paul Allgemeine Grundlagen eines deutschen
Wettbewerbsrechts, Berlin 1936, zit.:
Nerreter Allgem. Grundlagen
- Neuhaus, Wilfried Zulässigkeit und Unzulässigkeit von
Nachahmungen im Wettbewerb, Disser-
tation Köln 1958
- Nims, Harry The Law of Unfair Competition and
Trademarks, 4. Aufl. New York 1947
- Nipperdey, Hans Carl Wettbewerb und Existenzvernichtung,
Berlin 1930
- Osten, Horst v.d. Die Verkehrsgeltung im Warenzeichen- und
Wettbewerbsrecht und ihre Feststellung
im Prozeß, München usw. 1960
- Osterrieth, Albert Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren
Wettbewerbs v. 27. Mai 1896,
Berlin 1896
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar be-
arbeitet v. Danckelmann, Heinrichs,
Keidel, Lauterbach, Putzo, Thomas,
33. Aufl. München 1974, zit.:
Palandt-Bearbeiter
- Pasteris, Carlo La correttezza nella disciplina della
concorrenza sleale, Mailand 1962
- Pehle, Rudolf Richterliche Rechtsfortbildung unter be-
sonderer Berücksichtigung des gewerb-
lichen Rechtsschutzes, Karlsruhe 1969,
zit.: Pehle, Rechtsfortbildung

- Pinzger, Werner Das deutsche Warenzeichenrecht, 2. Aufl.
München 1937
- Plaisserand, Yves Création et protection des marques de
fabrique de commerce et de service,
Paris 1974
- Pouillet, Eugène Traité des marques de fabrique et de la
concurrence déloyale, 2. Aufl.
Paris 1883
- Radbruch, Gustav Der Geist des englischen Rechts,
Göttingen 1956
- Das Recht des unlauteren
Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der EWG; Gut-
achten im Auftrag der EWG, hrsg. v.
Eugen Ulmer, München-Köln 1965 Bd.1-5
Bd.1: Ulmer, Eugen u. Beier, F.-K.;
Vergleichende Darstellung 1965,
zit.: Ulmer
Bd.3: Reimer, Dietrich: Deutschland, 1968,
zit.: Ulmer-Reimer
Bd.4: Kraßer, Rudolf: Frankreich, 1967,
zit.: Ulmer-Kraßer
Bd. 5: Schricker, Gerhard: Italien, 1965,
zit.: Ulmer-Schricker
- Reimer, Eduard Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
3. Aufl. Köln-Berlin 1954,
zit.: Reimer, 3. Aufl.
- Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
systematischer Kommentar, 4. Aufl.
Köln-Berlin-Bonn-München 1966
Bd.1: Warenzeichen und Ausstattung, 1966,
bearbeitet v. Richter, Früstedt,
Heydt, zit.: Reimer-Bearbeiter
Bd.2: Wettbewerbsrecht, 1972, Köln-
Berlin-Bonn-München, bearbeitet von
v. Gamm, zit.: Reimer-v. Gamm
- Riehle, Gerhard Markenrecht und Parallelimport,
Stuttgart 1968
- Ripert, Georges Traité élémentaire de droit commercial,
5. Aufl. Paris 1963/64
- Robert, Daphne The New Trademark Manual, Washington
1947
- Rosenthal, Alfred Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb,
Kommentar, 8. Aufl. Berlin 1930

- Roubier, Paul Le droit de la propriété industrielle,
Bd. 1 und 2, Paris 1952/54
- Saint-Gal, Yves Protection et défense des marques de
fabrique et concurrence déloyale,
3. Aufl. Paris 1966, zit.: Saint-Gal
- Protection et valorisation des marques
de fabrique et de commerce ou de
service, 4. Aufl. Paris 1972,
zit.: Saint-Gal, 4. Aufl.
- Schluep, Walter Das Markenrecht als subjektives Recht,
Basel 1964
- Schricker, Gerhard Gesetzesverletzung und Sittenverstoß,
München 1970, zit.: Schricker, Ge-
setzesverletzung
- Die täuschende Werbung im italienischen
Wettbewerbsrecht, München-Köln-Berlin-
Bonn 1962, zit.: Schricker, Täuschende
Werbung
- Sebastian, Lewis Boyd The Law of Trademarks and their
Registration, 3. Aufl. London 1890
- Seligsohn, Arnold Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen,
3. Aufl. Berlin-Leipzig 1925
- Sieche, Heinz Die gemeinschaftliche Benutzung von
Warenzeichen (Warenzeichenlizenz und
Konzernzeichen), Dissertation,
Heidelberg 1967
- Simitis, Konstantin Gute Sitten und ordre public, Marburg
1960
- Sprüngli, Hans-Rudolf Der unlautere Wettbewerb. Grundzüge des
Wettbewerbsrechts in rechtsvergleichen-
der Darstellung, Zürich 1955
- Storkebaum, Rupprecht Warenzeichengesetz. Kommentar, bearbeitet
v. Endemann, Klockk, Kraft, Berlin-
Heidelberg 1967, zit.: Storkebaum-
Bearbeiter
- Street, Harry The Law of Torts, 3. Aufl. London 1963
- Strohm, Gottfried Wettbewerbsbeschränkungen in Patentli-
zenzverträgen nach amerikanischem und
deutschem Recht, Köln-Berlin-München
1971
- Surh, Werner Markenartikel-Trumpf auf allen Märkten,
München 1961

- Teubner, Gunther Standards und Direktiven in General-
klauseln, Frankfurt/M. 1971
- Ulmer, Eugen Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb
in ihrer Fortbildung durch die Recht-
sprechung, Berlin 1929, zit.: Ulmer,
Warenzeichen
- Weg zu Europäischer Rechtseinheit,
Münchner Universitätsreden, H.26,
München 1959
- Werner, Fritz Zum Verhältnis von gesetzlichen General-
klauseln und Richterrecht, Karlsruhe
1966, zit.: Werner, Generalklauseln
und Richterrecht
- Winfield, P.H. Tort, hrsg. v. T.Ellis Lewis, 8.Aufl.
London 1967
- Witthüser, Herbert Der wettbewerbliche Schutz des Waren-
zeichens, Dissertation Köln 1933
- Zippelius, Reinhold Wertungsprobleme im System der Grund-
rechte

II. Aufsätze, Festschriftenbeiträge
(kürzere Anmerkungen zu Entscheidungen,
Diskussionsbeiträge sind nicht angeführt)

- Auteri, Paolo Das Verhältnis der "marchio difatto"
zur eingetragenen Marke im italieni-
schen Recht, GRUR Int. 1976, 3
- Bauer, Florian u.
Pluter, Jörg Die Unanfechtbarkeit der Marke im aus-
ländischen Recht, GRUR Int. 1971, 40
- Becher, Hans Zur Werbefunktion der Marke, MA 1951, 88
- Beier, Friedrich-Karl Anmerkung zum Urteil des BGH v. 22.1.1964 -
Maja, GRUR Ausl. 1964, 205
- Gedanken zum Verhältnis von Warenzeichen
und Ausstattungschutz im künftigen
deutschen Markenrecht, GRUR 1967, 628
- Territorialität des Markenrechts und
internationaler Wirtschaftsverkehr,
GRUR Int. 1968, 8

- Beier, Friedrich-Karl Rückkehr zum Eintragungsprinzip?
Überlegungen zur Reform des
Markenrechts, in: Rechtsvergleichung,
Interessenausgleich und Rechtsfortbildung,
Festschrift f. E.Ulmer zum 70. Geburtstag,
GRUR Int. 1973, 407, zit.: Beier, Fest-
schrift f. E.Ulmer, GRUR Int. 1973
- Gedanken zur Verwechslungsgefahr und
ihre Feststellung im Prozeß, Festschrift
für Ludwig Heydt, GRUR 1974, 514
- Basic Features of Anglo-American,
French and German Trademark Law,
6IIC, 285 (1975)
- u.Krieger, A. Wirtschaftliche Bedeutung, Funktionen
und Zweck der Marke, - Bericht im Namen
der Landesgruppe der BRD, GRUR Int.
1976, 125
- Bökel, Werner Abgrenzungsvereinbarungen und Be-
nutzungszwang, GRUR 1972, 28
- Bonasi Benucci, Edoardo Tutela del marchio non registrato,
Riv.Dir.Ind. 1957 I 165
- Burmann, Hans Fr. Strukturwandel des Werbe- und Wettbewerbs-
rechts. Die Relation: Öffentliches In-
teresse - Allgemeinheits- und Ver-
braucherinteresse, WRP 1967, 71
- Bußmann, Kurt Die Festlegung der Warengleichartig-
keitsgrenzen, GRUR 1968, 498
- Die Bedeutung des warenzeichenmäßigen
Gebrauchs, GRUR 1971, 392
- Callmann, Rudolf Sittenwidrige Ausbeutung fremder Ar-
beit, GRUR 1928, 251
- Unfair Competition without Competition?
37 T.M.R. 175 (1947)
- Zu den Grundlagen des Markenschutzes
in den USA, GRUR Int. 1969, 29
- Carnelutti, Francesco Concorrenza Parassitaria?, Riv.Dir.
Civ. 1959 I 491
- Chavanne, Albert La loi du 31 décembre 1964 sur les
marques de fabrique, de commerce
ou de service, D.1965, Chron. 83

- Chavanne, Albert Propriété industrielle, R.T.D.C. 1965,
381
- Question N° 3 - L'application de la
loi française sur les marques, in:
L'Union des Fabricants pour la
propriété industrielle et artistique -
Centenaire 1872 - 1972, Paris 1972,
zit.: Chavanne, Cnetenaire
- Diggins, Bartholomew Federal and State Regulation of Trade-
marks, XIV Law and Contemporary
Problems: Trademarks in Transition,
1949, 200
- Döll, Hermann Die Berücksichtigung der Nachahmungs-
gefahr bei Wettbewerbsverstößen,
BB 1965, 173
- Dörinkel, Wolfram Leistungswettbewerb - Rechtsbegriff
oder Schlagwort? DB 1967, 1883
- Droste, Karl Die Generalklausel des § 1 UWG und
das Richterrecht, DB 1963, 719
- Eichmann, Helmut Die Beurteilung neuer Werbemethoden
durch die Rechtsprechung, in: Gewerbli-
cher Rechtsschutz, Urheberrecht,
Wirtschaftsrecht, Mitarbeiter-Fest-
schrift für E.Ulmer zum 70. Geburts-
tag, Köln usw. 1973, 287, zit.: Eichmann,
Mitarbeiter-Festschrift f. E.Ulmer
- Englert, Brigitte Schutz von Modeneuheiten, in: Gewerbli-
cher Rechtsschutz, Urheberrecht, Wirt-
schaftsrecht, Mitarbeiter-Festschrift
f. E.Ulmer zum 70. Geburtstag, Köln usw.
1973, 297, zit.: Englert, Mitarbeiter-
Festschrift f. E.Ulmer
- Fikentscher, Wolfgang Das Verhältnis von Kartellrecht und
Recht des unlauteren Wettbewerbs,
GRUR Ausl. 1966, 181
- Finger, Christian Warenzeichenrecht und Wettbewerbsrecht,
MuW 1929, 149
- Franceschelli, Remo Giurisprudenza della Cassazione in tema
di concorrenza sleale nel decennio
1942-1951, Riv.Dir.Ind. 1952 II 82
- Sulla concorrenza sleale, Riv.Dir.Ind.
1954 I 203

- Franceschelli, Remo Concorrenza Parassitaria, Riv.Dir.Ind.
1965 I 265
- Scritto polemico in tema die concorrenza
parassitaria, Riv.Dir.Ind. 1959 II 261
- Studi sulla concorrenza sleale - II
La storia del problema e delle sue
soluzioni, Riv.Dir.Ind. 1962, I 11
- Gärtner, Rudolf Verfassungskonforme Auslegung wettbe-
werbsrechtlicher Generalklauseln,
BB 1970, 1361
- Gamm, Der Gesamttatbestand und die besonderen
Umstände im Wettbewerbsrecht, WRP
1958, 367
- Ergänzender wettbewerbsrechtlicher
Kennzeichenschutz, Festschrift 10 Jahre
Bundespatentgericht, 1971, 133,
zit.: v.Gamm, Festschrift BPatG
- Gewiese, Georg Sklavische Nachahmung, GRUR 1936, 296
- Ghidini, Gustao La C.D. Concorrenza Parassitaria,
Riv.Dir.Civ. 1964 I 616
- Ghiron, Mario Das internationale Warenzeichenrecht
nach der Haager Konferenz, GRUR
1928, 239
- Giverdon, Claude Les délits et quasi-délits commis par
le commerçant dans l'exercice de son
commerce, R.T.D.C. 1953, 855
- Gondin, Frhr. Hans v. Über den Verstoß gegen die wettbewerbs-
rechtlichen guten Sitten, GRUR 1966,
127
- Goodhart, Arthur L. Restatement of the Law of Torts IV:
A Comparison between American and
English Law, 91 Pa.L.Rev. 487 (1943)
- Hagens, Alfred Warenzeichen und Ausstattungsgesetz,
MuW Bd. XXVII, 1977-/28, 562
- Handler, Milton u
Pickett, Charles Trademarks and Tradenames - An Analysis
and Synthesis, 30 Col.L.Rev. 168
759 (1930)
- Harder, Hermann L.v. Zum Unwerturteil der Werbungsübersteigerung
- Eine Stellungnahme zum Urteil des
BGH v. 22.2.1957 - Suwa, GRUR 1962,
439

- Harder, Hermann L.v. Zeichenschwäche aufgrund Verwässerung und Wahl des Zeichens, GRUR 1964, 299
- Hefermehl, Wolfgang Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, in: Festschrift f. H.C. Nipperdey, 1955, 283, zit.: Hefermehl, Festschrift Nipperdey
- Verbraucherschutz im Wettbewerbsrecht, in: Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft, Festschrift f. W. Kastner, Wien 1972, 183, zit.: Hefermehl, Festschrift Kastner
- Heil, Gerhard Die Warenzeichenabteilung bei Einführung des Benutzungszwangs, MA 1973, 97
- Ein Jahr Benutzungszwang, GRUR 1974, 59
- Herschel, Wilhelm Von den Grenzen des Richterrechts, DB 1973, 2298
- Heydt, Ludwig Zum Begriff des "Warenzeichenmäßigen Gebrauchs" im Sinne des § 16 WZG, Mitteilungen 1969, 319 (zugleich Festschrift f. Nastelski)
- Benutzung und Benutzungszwang nach dem Vorabgesetz, in: Neue Entwicklungen im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Festschrift f. W. Hefermehl zum 65. Geburtstag, 1971, 59, zit.: Heydt, Festschrift Hefermehl
- Zur Funktion der Marke, GRUR Int. 1976, 339
- Hilger, Marie-Luise Überlegungen zum Richterrecht, Festschrift f. Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, 109
- Honig, Frederick The Law of Unfair Competition, 51 T.M.R. 27 (1961)
- Isay, Hermann Die Gefährdung des gewerblichen Rechtsschutzes durch die Anwendung des § 1 UWG, GRUR 1928, 71
- § 1 UWG und die Sondergesetze des gewerblichen Rechtsschutzes, GRUR 1928, 421
- Die Selbständigkeit des Rechts an der Marke, GRUR 1929, 23

- Joliet, René Schutz nicht eingetragener Warenzeichen und Wahrung erworbener Rechte bei der Rechtsvereinheitlichung: Das Benelux-Beispiel, GRUR Int. 1976, 10
- Kastl, Die Bedeutung des Warenzeichens in der Weltwirtschaft, GRUR 1927, 557
- Köhler, Karl-Heinz v. Wie weit gilt im Wettbewerbsrecht der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung?, NJW 1971, 118
- Koenigs, Folkmar Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961 1041
- Körner, Eberhard Ausstattungsanwartschaft und Wettbewerbschutz, BB 1968, 1064
- Kraft, Alfons Die warenzeichenrechtlichen Bestimmungen des Vorabgesetzes, GRUR 1968, 123
- Die Berücksichtigung wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Belange im Rahmen des § 1 UWG; in: Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Festschrift f. Horst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, 223, zit.: Kraft, Festschrift Bartholomeyczik
- Kroitzsch, Hermann Die Wettbewerbsregeln in kartell- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, GRUR 1965, 12
- Lehmann, Michael Wirtschaftspolitische Kriterien in § 1 UWG, in: Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Wirtschaftsrecht, Mitarbeiterfestschrift f. E.Ulmer zum 70. Geburtstag, Köln usw. 1973, 321, zit.: Lehmann, Mitarbeiter-Festschrift E.Ulmer
- Leo, Hans-Christoph Kritische Gedanken zur Abstands-Rechtsprechung des BGH, GRUR 1963, 607
- Lobe, Adolf Zur Auslegung der Generalklausel des neuen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, MuW Bd. VII, 1908-/09, 270
- Die Generalklausel des neuen Wettbewerbsgesetzes, GRUR 1910, 3

- Luchterhand,
Hans-Friedrich Die Rechtsprechung zur Sittenwidrig-
keit der unmittelbaren Ausnutzung
fremder Leistung, GRUR 1969, 581
- Marchetti, Piergaetano Osservazioni sul boicottaggio comme
atto di corcorrenza sleale, Riv.
Dir.Ind. 1963 II 240
- Marsh, Norman S. Unfair Competition and English Laws:
An Introductory Note with Particular
Reference to Passing Off, Supplementary
Publication of the International and
Comparative Law Quarterly, Nr.4, 1962,
67; auch in: 53 TMR 139 (1963)
- Merkel, Rudolf Außenseiter und Preisbindung, NJW 1962,
1545
- Mestmäcker, Ernst-Joachim Über das Verhältnis des Rechts der Wett-
bewerbsbeschränkungen zum Privatrecht,
ACP 168, 235
- Meydam, Jan Sozialrechtliche Tatbestände und Wettbe-
werbsrecht, GRUR 1970, 399
- Meyer-Cording, Ulrich Gute Sitten und ethischer Gehalt des
Wettbewerbsrechts - Grundsätzliches
zu § 1 UWG, JZ 1964, 273, 310
- Miosga, Willy Der Benutzungszwang für Warenzeichen in
seiner Bedeutung für Rechtsprechung
und Rechtspraxis, MA 1967, 433
- Gütersicherung und Zeichenschutz,
GRUR 1968, 570
- Munzinger, Helmut Die subjektive Grundlage des Gleich-
artigkeitsbegriffs, GRUR 1964, 186
- Nastelski, Karl Schutz der Allgemeinheit im Wettbewerbs-
recht, GRUR 1969, 323
- Nerreter, Paul Sklavische Nachahmung, GRUR 1936, 290
- Sklavische Nachahmung, GRUR 1957, 408, 525
- Oppenheim, Walter Der unlautere Wettbewerb in der amerika-
nischen Rechtsprechung, GRUR Ausl.
1959, 517
- Oppenhoff, Walter Wandel der Markenrechtskonzeption? in:
Rechtsvergleichung, Interessenausgleich
und Rechtsfortbildung, Festschrift f.
E.Ulmer zum 70. Geburtstag, GRUR Int.
1973, 433, zit.: Oppenhoff, Festschrift
f. E.Ulmer, GRUR Int. 1973

- Osterrieth, Albert Zwanglose Betrachtungen über § 1 des
neuen Wettbewerbsgesetzes, GRUR 1909, 399
- Das Nachbauen von Maschinen, GRUR 1925, 31
- Pehle, Rudolf Aus der neuesten Rechtsprechung des
Bundesgerichtshofs in Wettbewerbs- und
Warenzeichensachen, MA 1966, 245
- Pellegrino, Camillo Sull'appropriazione dei pregi dell'
impresa concorrente, For.Pad. 1954
I 31
- Plaisant, Robert Marques - L'usage. Loi de 1964,
I.C.C. Fasc. 11, Chap. III
- La réforme du droit des marques de
fabrique, ICP 1966 I 1972
- Pluta, Jörg Ausstattungsschutz und Freihaltebedürf-
nis bei Warengestaltungen, in: Ge-
werblicher Rechtsschutz, Urheberrecht,
Wirtschaftsrecht, Mitarbeiter-Festschrift
f.E.Ulmer zum 70. Geburtstag, Köln usw.,
1973, 257, zit.: Pluta, Mitarbeiter-
Festschrift f.E.Ulmer
- Reimer, Dietrich Einige Bemerkungen zum Leistungsschutz
des § 1 UWG, Festschrift f.Wilhelm
Wendel, München 1969, 98; zit.: D.Reimer,
Festschrift Wendel
- Reimer, Eduard Normenaufstellung zur Frage der Benutzung
fremder Arbeit und Gedanken, GRUR 1933,
454
- Rinck, Gerd Gute Sitten im Wettbewerb, in: Göttinger
Festschrift für das OLG Celle, 1961,
151, zit.: Rinck, Festschrift OLG Celle
- Röttger, Martin Gedanken zur Schaffung einer EWG-Marke,
GRUR Ausl. 1959, 329
- Zur Unanfechtbarkeit der Marke, GRUR
1971, 14
- Sack, Rolf Sittenwidrigkeit, Sozialwidrigkeit
und Interessenabwägung. GRUR 1970
493
- Die rechtlichen Funktionen des Waren-
zeichens, GRUR 1972, 402, 445

- Sack, Rolf § 1 und Wirtschaftspolitik, WRP 1974, 247
- Saint-Gal, Yves Concurrence déloyale et concurrence réglementée (Droit français et droit comparé), RIPIA 1964, 200
- Schechter, Harold The Rational Basis of Trademark Protection, 40 Harv.L.Rev. 183, (1927)
- Schluep, Walter Vom lautereren zum freien Wettbewerb, in: Rechtsvergleichung, Interessenausgleich und Rechtsfortbildung, Festschrift f. E.Ulmer zum 70. Geburtstag, GRUR Int. 1973 446, zit.: Schluep, Festschrift f. E.Ulmer, GRUR Int. 1973
- Schönherr, Fritz Die sklavische Nachahmung in der Praxis der deutschen, österreichischen und der schweizerischen Gerichte, GRUR Int. 1975, 237
- Schricker, Gerhard Schutz der Allgemeininteressen im Markenrecht und Koexistenz verwechselbarer verschiedener Inhaber, GRUR 1967, 634
- Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz, GRUR Int. 1970, 32
- Das belgische Gesetz über Handelspraktiken - Neue Vorschriften über unlauteren Wettbewerb, Ursprungsbezeichnungen, Zugaben, Sonderveranstaltungen, Preis- und Mengenauszeichnung sowie verwandte Gebiete, GRUR Int. 1972, 187
- Territoriale Probleme und Klagerecht beim unlauterem Wettbewerb in: Rechtsvergleichung, Interessenausgleich und Rechtsfortbildung, Festschrift f. E.Ulmer zum 70. Geburtstag, GRUR Int. 1973, 453, zit.: Schricker, Festschrift f. E.Ulmer, GRUR Int. 1973
- Schroeter, Klaus Alfred Zur unlauteren Annäherung an fremde Kennzeichnungen, WRP 1968, 125
- Ausstattungsanwartschaft und wettbewerbsrechtlicher Schutz von Kennzeichen, zum "Halazon"-Urteil des Bundesgerichtshofs, WRP 1968, 435

- Schroeter, Kurt Die Sittenwidrigkeit bei der Benutzung fremder Arbeit und Gedanken im Wettbewerb, GRUR 1949, 229
- Schwartz, Gustav Verfolgung unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, GRUR 1967, 333
- Seiler, Ludwig Zum Tatbestand der sogenannten sklavischen Nachahmung, BB 1967, 257
- Seligsohn, Julius L. Ist die Nachbildung von Maschinen und anderen schutzfreien Gegenständen erlaubt? GRUR 1926, 240
- Smoschewer, Fritz Zur Frage der sklavischen Nachahmung von technischen Schöpfungen, GRUR 1929, 381
- Sordelli, Luigi Relazione fra ditta e marchio, problemi di confondabilità e la c.d. concorrenza parassitaria impropria, For.Pad. 1958 I 1486
- Stern, Robert L. The Commerce Clause and the National Economy, 59 Harv.L.Rev. 645, 883 (1946)
- Stoll, Heinrich Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in: Festgabe f. Philipp Heck, Tübingen 1931, 60
- Tilman, Winfried u. Schleussner, Rikarda v. Der Entwurf eines Vertrags über die internationale Registrierung von Marken, GRUR Int. 1972, 441
- Troller, Alois Wesen und Unwesen der Marke, in: Festschrift f. Philip Möhring zum 65. Geburtstag, München-Berlin 1965, 291, zit.: Troller, Festschrift Möhring
- Markenrecht und Landesgrenzen, GRUR Int. 1967, 261
- Ulmer, Eugen Besprechung von Kirchberger, Hans: Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb, JW 1932, 1814
- Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht, GRUR 1937, 769
- Aus dem Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht - Rechtsfragen der Nachkriegszeit, GRUR 1951, 356

- Westerholt,
Graf Hartwig v. Die Reform Des Warenzeichenrechts in
Großbritannien - Eine Übersicht über
den Inhalt des Mathys-Report und seine
wesentlichen Empfehlungen, GRUR Int.
1975, 78
- Wiedemann, Herbert Rechtssicherheit - ein absoluter Wert?
Gedanken zum Bestimmtheitserfordernis
zivilrechtlicher Tatbestände, in:
Festschrift f. K. Larenz zum 70. Ge-
burtstag, München 1973, 199
- Williams, Glanville L. Breach of Statutory Duty - Unfair Trade
Competition, M.L.R. 1941, 145
- Wirth, R. Warenzeichenrecht und gute Sitten,
GRUR 1910, 319

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
Ann.	Annales
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Strafsachen
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen
Blf.PMZ	Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen
Chapt.	Chapter
Col.L.Rev.	Columbia Law Review
Corte di Cass.	Corte di Cassazione
D.	Recueil Dalloz
DB	Der Betrieb
D.Chron	Recueil Dalloz Chroniques
ders.	derselbe Autor
Diss.	Dissertation
DP.	Recueil Dalloz Périodique
D.Somm.	Recueil Dalloz Sommaires
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterung
f., ff.	folgende Seite (n)
F.	Federal Reporter
Fasc.	Fascicule

Fußn.	Fußnote
For.It.	Il Foro Italiano
For.Pad.	Il Foro Padano
F.2d	Federal Reporter, SEcond Series
F.Supp.	Federal Supplement
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
Giust.Civ.	Giustizia Civile
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Inlandsteil
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (bis 1966: Ausländischer und internationaler Teil)
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
i.S.	im Sinne
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
JCC	Juris-Classeur Commercial
JCP	Juris-Classeur Périodique (La Semaine Juridique)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
MA	Der Markenartikel
m.Anm.	mit Anmerkung
m.red.Anm.	mit redaktioneller Anmerkung
Mitt.Bl.	Mitteilungsblatt
Mitt.	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte
Mon.Trib.	Monitore dei Tribunali
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht

PatG	Patentgesetz
Pa.L.Rev.	Pennsylvania Law Review
Rass.Prop.Ind.	Rassegna della proprietà industriale letteraria artistica
RG	Reichsgericht
RGZ	Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen
RIPIA	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
Riv.Dir.Civ.	Rivista di diritto civile
Riv.Dir.Ind.	Rivista di diritto industriale
Riv.Dir.Int.	Rivista di diritto internazionale
Priv.e.Proc.	privato e processuale
Riv.Prop.Ind.	Rivista della proprietà industriale
R.P.C.	Reports of Patent, Design and Trademark Cases
RTDC	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	siehe
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
TM	Trademark
TMA	Trademark Act
TMR	Trademark Reporter
Trib.civ	Tribunal civil
Trib.comm.	Tribunal de commerce
Trib.gr.inst.	Tribunal de grande instance
U.S.	United States Supreme Court Reports
U.S.C.	United States Code
USPQ	United States Patents Quarterly
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb / Entscheidungs- sammlung
WZG	Warenzeichengesetz
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

1. Kapitel: Einleitung

1. Das Problem

- a) Kennzeichenrechte als Kontaktmittler zwischen Unternehmen und Kundschaft sind divergierenden Interessenströmungen ausgesetzt. Während der Inhaber des Zeichenrechts danach trachtet, sein Ausschlußrecht gegenüber den Wettbewerbern so umfassend wie möglich zur Geltung zu bringen, um eine Gefährdung oder Schädigung seiner Interessen auszuschließen, steht ihm nach dem Warenzeichengesetz ein Schutz nur dann zu, wenn der andere Mitbewerber ein verwechslungsfähiges Zeichen als Herkunftshinweis für gleichwertige Waren verwendet (§§ 15,16,24,25,31 WZG). Obwohl in die rechtliche Beurteilung dieser Begriffe in weitem Umfang die - wandelbaren - Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise einfließen, handelt es sich doch um nicht beliebig erweiterbare Grenzen des Ausschlußrechts. Das räumt damit auch dem Mitbewerber die Möglichkeit eines Zeichenerwerbs ein, der u.U. z.B. bei ungleichartigen Waren oder nicht zeichenmäßiger Benutzung dem "Identifizierungsinteresse" des älteren Zeicheninhabers zuwiderläuft.

In einer Reihe von neueren Entscheidungen hat es der BGH unternommen, diesen Interessenkonflikt auf der Grundlage des § 1 UWG zu lösen¹⁾. Die in einigen Urteilen²⁾ geäußerten Ansichten des BGH, der Sachverhalt sei in erster Linie unter dem Gesichtspunkt des § 1 UWG zu prüfen und die darin zutage tretende Tendenz, die bloße Annäherung an ein fremdes Kennzeichen als unlauter zu werten, ließ in der Literatur³⁾ die Befürchtung auf-

1) BGH v. 4.1.1963, GRUR 1963, 423 m.A. Hoepffner - coffeinfrei, BGH v.17.2.1965, GRUR 1966, 38 m.A. v.Falck - Centra; BGH v.14.4.1965, GRUR 1966, 30 m.A. Heydt - Konservenzeichen; BGH v. 9.7.1965, GRUR 1965, 601 - roter Punkt; BGH v. 5.3.1971, GRUR 1971, 305 m.A. Krieger - Konservenzeichen II.

2) BGH v. 14.4.1965, a.a.O. - Konservenzeichen; BGH v. 9.7.1965, a.a.O. - roter Punkt.

3) v.Falck, Anm. zu BGH v. 17.2.1975 - Centra, GRUR 1966, 38; Schroeter, WRP 1968, 125; Ulmer-Reimer, S. 186 Fußn. 310.

kommen, auf dem Umweg über § 1 UWG werde im Ergebnis ein "Ersatz-Ausschließlichkeitsrecht" gewährt, das nicht nur in seiner Rechtsgrundlage umstritten sei, sondern auch in seiner Ausgestaltung. Es würden mit dieser Rechtsprechung die objektiven Kriterien des Warenzeichenrechts aufgeweicht, ein "grauer Verwechslungsbereich" geschaffen⁴⁾. Damit würden nicht nur die Tatbestände des WZG umgangen und auch dort Schutz gewährt, wo er nach dem WZG ausgeschlossen sei, sondern auch das Erfordernis der Rechtssicherheit auf einem Rechtsgebiet aufgegeben, auf dem es wegen der sowieso schon wandelbaren Kriterien besonders angebracht sei⁵⁾. Die solchermaßen geäußerten Bedenken veranlaßten den BGH, in den nachfolgenden Urteilen⁶⁾ ausdrücklich die ihm unterstellte Absicht zu verneinen, er wolle erweiterte Ersatz-Ausschließlichkeitsrechte schaffen. Im Gegenteil habe das Wettbewerbsrecht die Grenzen des Warenzeichenrechts zu beachten⁷⁾. Dieser - ohne eine genauere Darlegung geäußerte - Satz hinderte das Gericht aber nicht, in Fällen, in denen es um Ausstattungsrechte ging, nämlich dem "Maggi"- und dem "Blunazit"-Fall, die Möglichkeit eines auf § 1 UWG - "Rufausnutzung und/oder -gefährdung ohne die Gefahr der Herkunftstäuschung" - gestützten Unterlassungsgebots zu bejahen. Mit Beier⁸⁾ läßt sich daher von der Rechtsprechung des BGH zum ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz sagen, daß sein Verhältnis zum normalen warenzeichenrechtlichen Schutz nicht restlos geklärt ist und seine Schutzvoraussetzungen umstritten sind.

- b) Dieses Unbehagen an der vom BGH vertretenen Lösung resultiert nicht allein aus dogmatischen Erwägungen, sondern ist auch auf

4) v.Falck, a.a.O., GRUR 1966, 43; Schroeter, WRP 1968, 125.

5) So schon Heydt, MittBl 1954, 81; ders., Anm. zu BGH v.14.4.1965 - Konservenzeichen, GRUR 1966, 33; Beier, GRUR 1967, 625, 631.

6) BGH v. 4.11.1966, GRUR 1967, 315 m.A. D.Reimer - skai-cubana; BGH v. 23.6.1967, GRUR 1968, 371 m.A. Hefermehl - Maggi; BGH v. 12.7.1967, GRUR 1968, 581 m.A. Hefermehl - Blunazit.

7) BGH v. 23.6.1967, a.a.O., 377 1.Sp. - Maggi.

8) GRUR 1967, 628, 631.

dem Hintergrund der wirtschaftlichen Interessenlage zu sehen. Denn obwohl das Kennzeichenrecht kein Warenmonopol darstellt, ist es doch ein Stück Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit im Wettbewerb durch die ausschließliche Zuordnung gewisser Handlungen an einzelne Begünstigte (§ 15 WZG). Als Begrenzung der wettbewerblichen Bewegungsfreiheit durch Ausschlußrechte ist der Zeichenschutz ein Interessengegensatz⁹⁾. Der Unternehmer will für eigene Warenkennzeichnungen einen möglichst weiten Schutzbereich, für diejenigen anderer Wettbewerber aber einen möglichst engen gewährt wissen. Ebenso denkt sein Konkurrent. Neben dem Konflikt der Unternehmerinteressen besteht das Verlangen der Verbraucher, möglichst unterschiedliche Kennzeichnungen vor sich zu sehen, um bei der Auswahl erstrebter Waren nicht getäuscht zu werden - ein Interesse, das dem des Unternehmers auf Identifizierung seiner Waren und ihrer Unterscheidung von anderen Kennzeichen korrespondiert¹⁰⁾. Diesen Ausdehnungstendenzen und Abgrenzungsinteressen steht die Tatsache gegenüber, daß zur Zeit über 300 000 Warenzeichen¹¹⁾ in der Zeichenrolle des Patentamtes eingetragen sind, die sich vor allem in den Warenklassen des Arzneimittelbereiches drängen, aber aufgrund des Überangebots neuer Waren in vielen anderen Warenklassen "so eng beieinander" liegen, daß Miosga¹²⁾ schon 1962 berichten konnte, kaum ein neuangemeldetes Zeichen träfe mehr einen freien Raum, in fast jedem Fall sei ein älteres Zeichenrecht berührt oder beeinträchtigt. Auch wenn die Rollenüberfüllung vor allem wegen der Einführung des Benutzungszwangs und die dadurch erreichte Aufgabe von Vorrats- und Defensivwarenzeichen abnehmen wird¹³⁾, so ist doch in den genannten Zahlen noch nicht die große Anzahl von nicht registrierten Ausstattungen berücksichtigt.

9) Zum Folgenden ausführlich Schluep, S. 110 ff. und unten 3. Teil.

10) Dazu Schluep, S. 111 ff.; Schricker, GRUR 1967, 634 ff.

11) Statistik in Bl.f.PMZ 1970, 78, 97.

12) Warenzeichenrecht in neuerer Sicht, S. 108.

13) Haertel in MA 1970, 1 deutet dies bereits an; vgl. auch Heil, GRUR 1974, 59; ders., MA 1973, 97.

Angesichts dieser ständigen Kollisionsgefahr zwischen Zeichenrechten und unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Werte, die eine Warenkennzeichnung als Symbol für Unternehmensgoodwill und Warenqualität als "eye-catcher" in einer auf Werbung und Kundenfang angewiesenen Wirtschaftswelt beinhaltet, erstaunt es nicht, daß die Interessengegensätze zwischen älterem und jüngerem Zeicheninhaber zu einem wissenschaftlichen Streit über die Grenzen des zeichenrechtlichen Schutzes führten.

2. Leitlinien der Stellungnahme

Eine Stellungnahme in dieser Auseinandersetzung muß von folgendem ausgehen:

- a) Das Zeichenrecht bedarf eines wirksamen Schutzes, da es als unkörperliches Recht, als Immaterialgüterrecht, nicht körperlich beherrschbar und überwachbar und somit besonders verletzlich ist¹⁴⁾.
- b) Das Warenzeichengesetz gibt mit dem Schutz für den Bereich der Verwechslungsgefahr und der Warengleichartigkeit den weitesten Schutzzumfang aller immaterialgüterrechtlichen Regelungen¹⁵⁾. Eine weitere Ausdehnung dieses Schutzzumfangs - gleich ob auf zeichenrechtliche oder wettbewerbsrechtliche Argumente gestützt - muß daher mit besonderer Skepsis betrachtet werden; besteht doch die Gefahr einer tatsächlichen Monopolisierung des Zeichens und der Sperrung von Ausweichmöglichkeiten für andere Wettbewerber.
- c) Des weiteren muß eine Stellungnahme zweierlei berücksichtigen: den Rechtszustand, wie er zur Zeit im deutschen Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht besteht, und die Rechtslage, wie sie bei einer Anerkennung der wettbewerbsrechtlich orientierten BGH-Rechtsprechung eintreten würde.¹⁶⁾

14) Dazu BGH v.8.10.1971, GRUR 1972, 189, 190 - Wandsteckdose II.

15) Becchio, S.62 ff.

16) Zu den damit angesprochenen Wertungspolen "Gerechtigkeit und Billigkeit im Einzelfall" und "Gefährdung der für Entscheidung erforderlichen Rechtssicherheit, Voraussehbarkeit und Vorausberechenbarkeit von richterlichen Entscheidungen" vgl. Beier, GRUR 1967, 628, 632; v.Falck, GRUR 1966, 43; Schroeter, WRP 1968, 125.

3. Der gegenwärtige Rechtszustand

Der gegenwärtige Rechtszustand ist das Ergebnis einer langjährigen Entwicklung von Rechtsprechung und Literatur zu den Fragenkreisen, ob neben dem Warenzeichenrecht noch Grundsätze des unlauteren Wettbewerbs Anwendung finden sollen und - wenn überhaupt - in welchem Umfang wettbewerbsrechtliche Vorgänge im formellen Zeichenrecht Berücksichtigung finden könnten, wie also das Verhältnis von formellem und materiellem Zeichenrecht gestaltet ist.

Beide Fragenkomplexe sind zu unterscheiden. Während die letztere Frage das Verhältnis von eingetragenen Zeichen und Ausstattung behandelt, führt der erstere Komplex zur Ergänzung des Warenzeichengesetzes, wie auch andere Sonderschutzgesetze (Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Geschmacksmustergesetz, Urheberrechtsgesetz) durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs.

- a) Während die ergänzende Aufgabe des UWG - im Grunde unbestritten - auf dem Gebiet des Warenzeichenrechts kritisiert wird, kann das Verhältnis von formellem und materiellem Warenzeichenrecht als geklärt gelten. Das Problem entstand aus dem Markenschutzgesetz von 1874 und dem Warenbezeichnungsgesetz von 1894. Das Markenschutzgesetz von 1874 ließ nur Bildzeichen zur Eintragung zu, denen allein es Schutz gewährte¹⁷⁾. Das Warenbezeichnungsgesetz von 1894¹⁸⁾, das im Gegensatz zu seinem Vorgänger jedem Inhaber eines Geschäftsbetriebs die Befugnis zur Zeichenführung zuerkannte, ließ nur Wort- und Bildzeichen zur Eintragung zu, stand aber weiterhin ganz auf dem Boden des Eintragungsprinzips. Allein die Registrierung gewährte das ausschließliche Zeichenrecht, nicht eingetragene Kennzeichen blieben bis auf die Vorschrift des § 15 Warenbezeichnungsgesetzes ungeschützt. Diese

17) Vgl. Beier, GRUR 1967, 628, 629; zur historischen Entwicklung auch Reimer-Heydt, 655, 656.

18) Bl.f.PMZ 1894/95, 5, 7.

Vorschrift gewährte aber allein einen Strafanspruch und einen Entschädigungsanspruch des Verletzten, der jedoch, "um eine schikanöse Handhabung auszuschließen und die Freiheit des Verkehrs nicht unzulässig einzuschränken"¹⁹⁾, an den Nachweis der Täuschungsabsicht gebunden war. Ein ausschließliches Recht des Inhabers der Ausstattung war nicht vorgesehen, obwohl in der Begründung des Gesetzentwurfs nicht verkannt wurde, daß mit der Erlangung der Verkehrsgeltung für die Ausstattung erhebliche wirtschaftliche Bedeutung verbunden war²⁰⁾ und die Kennzeichnung, sofern sie charakteristisch und den Abnehmerkreisen bekannt war, als "Ursprungszeichen" galt²¹⁾. Trotz dieser Ansätze, eine durch Verkehrsbekanntheit errungene Herkunftshinweis- und damit Zeichenfunktion anzuerkennen, war § 15 WbzG ursprünglich eine rein wettbewerbsrechtliche Regelung²²⁾, geschaffen als Ersatz für ein noch nicht vorhandenes Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb und im Hinblick auf die Abneigung der Gerichte, aufgrund der Einrede arglistigen Verhaltens Klageansprüche zuzuerkennen. § 15 WbzG sollte einen krassen Fall unlauteren Verhaltens ahnden²³⁾, keineswegs aber war damit beabsichtigt, neben dem formellen Zeichenrecht, entstanden durch Eintragung, noch ein materielles Zeichenrecht, entstanden durch im Wettbewerb errungene Verkehrsbekanntheit, zu schaffen oder anzuerkennen. Obwohl Allfeld²⁴⁾ von einer Erweiterung der schutzfähigen Objekte durch § 15 WbzG spricht²⁵⁾, besteht doch nach einhelliger Auffassung kein ausschließlicher Schutz für den durch tatsächlichen Ge-

19) So Begründung zu § 14 des Vorentwurfes des Warenbezeichnungsgesetzes, später § 15 WbzG, abgedruckt in Bl.f.PMZ 1894/95, 22 ff., 37.

20) Bl.f.PMZ 1894/95, 37.

21) Bl.f.PMZ 1894/95, 37 1.Sp.

22) Dazu vgl. ausführlich Witthüser, S.15.

23) Bl.f.PMZ 1894/95, 37.

24) Kommentar, S.613.

25) Im gleichen Sinn auch Kent, S.439.

brauch entstandenen Besitzstand²⁶⁾, sondern allein ein Schutz gegen die Störung durch unredliches Handeln²⁷⁾. Dieser nur relative Schutz von Ausstattungen zeigt sich besonders deutlich im Fall der Kollision mit einem eingetragenen Warenzeichen: Das eingetragene Warenzeichen als ausschließliches Recht hatte in jedem Fall Vorrang, auch wenn es jünger war als die Ausstattung und selbst dann, wenn seine Eintragung in Kenntnis der älteren Ausstattung und mit dem Ziel erfolgte, dem Vorbenutzer in unlauterer Weise Konkurrenz zu machen²⁸⁾. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts²⁹⁾ sah anfangs in dem Warenbezeichnungsgesetz eine "einheitliche und erschöpfende Regelung" des Schutzes von Warenzeichen und ließ aus diesem Grund weder den Einwand eines materiellen Vorbenutzungsrechts noch den Einwand einer unlauteren Handlung zu. "Die aus Art. 1392 ff. Code civil von der französischen Rechtsprechung hergeleiteten Grundsätze von der "concurrency déloyale" hätten im gemeinen Recht keine Grundlage", heißt es in einer Entscheidung vom 7.12.1887³⁰⁾.

Diese formalistische, wettbewerbliche Sachverhalte unberücksichtigt lassende Rechtsprechung änderte sich auch nicht mit dem Inkrafttreten des UWG von 1896. Denn dieses Wettbewerbsgesetz hatte nur zum Ziel, die größten Mißbräuche wettbewerblicher Freiheit und die schlimmsten Unsitten zu verbieten. Dementsprechend kannte es nur festumrissene Tatbestände und keine allgemeine Generalklausel. Eine solche bot sich der Rechtsprechung erst mit § 826 BGB. Das führte mit der Entscheidung vom 21.6.1907³¹⁾ da-

26) Vgl. Kent, S.431; Allfeld, S.620; Begründung in PMZ 1894/95,37.

27) So Kent, S.444.

28) Kent, S.450; Allfeld, S.645; Reimer-Heydt, S.656, jeweils m.w.N.

29) RG v. 30.11.1880, RGZ 3, 67 - Apollinaris; RG v. 13.11.1886, RGZ 18, 93 - Van Houten; RG v. 27.5.1889, RGZ 25, 114, 120 - Lowendall Trade Mark; RG v. 10.2.1899, RGZ 44, 13 - Türkenkopf.

30) RGZ 20, 71, 75.

31) RGZ 66, 236, 240 - Zigarrenbanderolen.

zu, daß zwar die formalistische Auffassung bestätigt, aber immerhin in besonderen Fällen eine Anwendung des § 826 BGB auf warenzeichenrechtliche Sachverhalte für möglich gehalten wurden. Als Begründung gab das RG an, das Warenzeichengesetz sei zwar ein Sondergesetz, das das ihm zugewiesene Gebiet ausschließlich regele, es wolle aber den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches, welche den Schutz gegen illoyale Handlungen im Verkehrsleben bezweckten, den Eingang nicht verschließen. Dementsprechend verurteilte das RG zur Unterlassung des Gebrauchs des in Täuschungsabsicht eingetragenen Zeichens. Die gleiche Unterscheidung zwischen formaler Berechtigung und ihrer mißbräuchlichen Handhabung machte das RG auch in einer Reihe von weiteren Entscheidungen³²⁾, um so der älteren Ausstattung mit dem Einwand der mißbräuchlichen Rechtsausübung und ab 1909 mit Hilfe des Verbots unlauteren Verhaltens aufgrund § 1 UWG gegenüber dem jüngeren eingetragenen Warenzeichen zur Geltung zu verhelfen. Dieses allgemeine Verbot des Rechtsmißbrauchs konkretisierte das Reichsgericht in dem berühmten, oft zitierten Satz, daß das formale Zeichenrecht nur innerhalb der Grenzen ausgeübt werden könne, die das Recht höherer Ordnung setze, insbesondere innerhalb der Grenzen des lautereren Wettbewerbs und der guten Sitten, in deren Dienst auch das formale Zeichenrecht stehe³³⁾.

Aus dieser rein wettbewerbsrechtlichen Auffassung vom Schutz der Ausstattung entwickelte sich schließlich die seither unbestrittene Ansicht vom subjektiven Ausschlußrecht an der Ausstattung, die dem formalen Zeichenrecht gleichwertig gegenübersteht³⁴⁾. Der Weg da-

32) So RG v. 7.2.1908, JW 1908, 281, 282 - Urquell; RG v. 19.6.1925, RGZ 111, 192 - Goldina; RG v. 30.4.1928, RGZ 120, 325 - Son-nengold.

33) RG v. 4.11.1919, RGZ 97, 90, 93, 94 - Pecose; RG v. 19.6.1925, RGZ 111, 197 - Goldina.

34) RG v. 26.5.1933, GRUR 1933, 647, 650 - The White Spot; RG v. 9.10.1934, GRUR 1935, 577, 581 - Venetia; st.Rsp. seit BGH v. 17.2.1961, GRUR 1961, 347, 352 - Almglocke; Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, Anm.8; Reimer-Heydt, S.657/658; Busse, § 25 WZG, Anm.1; v.Gamm, § 25 WZG, Anm.1 statt aller.

hin ist nicht nur wegen der Art der Argumentation interessant, sondern auch deswegen, weil in anderen Rechtsordnungen, wie z.B. der anglo-amerikanischen, eine durchaus ähnliche Entwicklung zu verfolgen ist.

Nachdem einmal die Stellung des Warenzeichenrechts als Teil des allgemeinen Wettbewerbsrechts erkannt war und folglich das Gebot lauterer Handelns auch das formale Warenzeichenrecht beherrschte³⁵⁾, verstärkte die RG-Rechtsprechung den Schutz der Ausstattung zunächst über die Betonung der subjektiven Seite. So führte das Bestehen eines Ausstattungsschutzes dazu, dem prioritätsjüngeren kollidierenden Zeicheninhaber für den Zeitpunkt seiner Zeicheneintragung die Kenntnis des älteren Zeichenbesitzstandes entgegenzuhalten und dementsprechend hieraus den Schädigungswillen, daraus herleitend die unlautere Handlung vorzuwerfen³⁶⁾.

Die nächste Denkstufe war diejenige, dem kollidierenden jüngeren Zeicheninhaber eine "mala fides superveniens" und entsprechend unlautere Handlung vorzuwerfen, wenn er zwar sein verwechslungsfähiges Zeichen gutgläubig erworben, d.h. eingetragen hatte, dann aber vom Bestehen eines Ausstattungsrechts erfuhr und nun "sein gutgläubig erworbenes Zeichen einfach weiter benutzte"³⁷⁾.

Damit waren von der Rechtsprechung alle denkbaren Kollisionsfälle zwischen Warenzeichen und Ausstattung mit Hilfe subjektiver Gesichtspunkte erfaßt: wer eine ältere Ausstattung kannte (oder kennen mußte), handelte bei Eintragung eines kollidierenden

35) Vgl. Wirth, GRUR 1910, 319; vor den Gefahren einer Prädominanz des UWG warnte allerdings auch schon H.Isay, GRUR 1928, 71.

36) RG v. 2.2.1923, RGZ 106, 250, 253, 254, 256 - Fritz Reuter: "Das Bewußtsein der Nachahmung ergibt den unmittelbaren Vorsatz der Täuschung."; RG v. 9.2.1923 - MuW XXII, 1922/23 - Underberg.

37) RG v. 9.2.1927, MuW XXVI, 1926/27, 287, 290 - Pfarrer Kneipp; RG v. 30.4.1928, RGZ 120, 325, 328 - Sonnengold.

Zeichens unlauter, im übrigen wurde sein Verhalten dann unlauter, wenn er das Zeichen zwar gutgläubig erlangt hatte, aber nach Kenntnis einer prioritätsälteren Ausstattung weiterbenutzte.

Ausgehend von dem als "rechtlicher Schutz eines bestehenden tatsächlichen Zustandes" qualifizierten Ausstattungsschutz³⁸⁾ führt die Lösung des Konfliktes zwischen Zeichen und Ausstattung mit dem Gedanken der aus der Priorität hergeleiteten Unlauterkeit schließlich zu dem Zwischenergebnis, daß der Rang von "Ausstattungsbesitz" und Warenzeichenrecht "in erster Linie" von der Priorität bestimmt werde, folglich seien Ausstattungsbesitz und Warenzeichen "nahezu gleichwertig"³⁹⁾. Von dieser Auffassung war es kein großer Schritt mehr zu der heute herrschenden Ansicht von der völligen Gleichberechtigung von Warenzeichen und Ausstattung, deren Kollision allein nach Prioritätsgrundsätzen gelöst wird⁴⁰⁾. Die Rechtsprechung bedient sich dabei der Argumentationsweise, daß sie von der tatsächlichen Gewährung eines rechtlichen Schutzes zunächst auf einen schützenswerten Zustand, sodann auf ein geschütztes Rechtsgut und zuletzt auf ein geschütztes subjektives, ausschließliches Recht schließt⁴¹⁾. Diese Entwicklung klingt auch noch bei Heydt⁴²⁾ an, wenn er schreibt: "Da der Unterlassungsanspruch aus § 25 WZG dem Ausstattungsberechtigten gegen jedermann, auch gegen den gutgläubigen Verletzer zusteht, ist das Ausstattungsrecht ein absolutes Immaterialgüterrecht."⁴³⁾

38) RG v. 7.12.1926, GRUR 1927, 191, 193 - Mein Maco-Stolz.

39) RG v. 23.9.1932, GRUR 1932, 1194, 1196 - Ondulette; RG v. 7.2.1933, GRUR 1933, 395, 401 - Pilsener.

40) Vgl. Beier, GRUR 1967, 629; Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, Anm.8; Reimer-Heydt, S.657, jeweils m.w.N.; die ersten Entscheidungen in diesem Sinne waren RG v. 26.5.1933, 647, 650 - The White Spot; RG v. 9.10.1934, GRUR 1935, 577, 581 - Venetia.

41) Vgl. zu dieser Entwicklung Beier, GRUR 1967, 629; Reimer-Heydt, S.657; Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, Anm.1.

42) Reimer-Heydt, S.658.

43) Diese "petitio principii" rügt schon Pinzger, § 25 WZG, Anm.1, bei Hagens, § 15 WZG, Anm.3, der sich gleicher Argumentation bedient.

b) In der Lehre begründete Kohler⁴⁴⁾ die Auffassung von der Gleichrangigkeit von materiellem und formellem Markenrecht mit seiner persönlichkeitsrechtlichen Konzeption des Markenschutzes als einem dem Namensrecht verwandtem Recht. Gegen diese Auffassung wandten sich u.a. Finger und Hagens⁴⁵⁾, die auf die Funktionsgleichheit von registriertem Zeichen und im Verkehr bekannter Kennzeichnung hinweisen.

Die eigentliche systematisch-logische Durchdringung des Verhältnisses von wettbewerbsrechtlichem und formalem Zeichenrecht hat erstmals Ulmer vorgenommen⁴⁶⁾. Er war es, der - von einer einheitlichen Kennzeichenordnung ausgehend - die unterschiedlichen, aber gleichberechtigten Schutzzwecke und -richtungen des Registereintrags und der Verkehrsdurchsetzung herausstellte. Er erkannte den Schutzzweck der Entwicklungsbegünstigung durch den Registereintrag für das junge Zeichen, bis der eigentliche Schutz der Verkehrsanerkennung für den wettbewerblichen Besitzstand einsetzt⁴⁷⁾. Damit machte er den schon von Kohler⁴⁸⁾ auf der Grundlage des Persönlichkeitsrechts geäußerten Gedanken der Gleichwertigkeit von Verkehrsdurchsetzung und Registereintrag als Grundlagen eines zeichenrechtlichen Schutzes erneut für die deutsche Rechtslehre fruchtbar. Seither bekennen sich Literatur und Rechtsprechung⁴⁹⁾ zur zweifachen Rechtfertigung des Ausschließlichkeitsrechts, während der Gesetzgeber diesem Verständnis von der Rechtsnatur der Ausstattung nur zum Teil gerecht wurde⁵⁰⁾. Diese Ausgestaltung des Zeichenrechts durch Recht-

44) Recht des Markenschutzes, 1884, S.77, 84; ihm insoweit folgend Seligsohn, S.249, Kent, S.13.

45) Vgl. Finger, § 1 WZG, Anm.21, S.44; Hagens, § 15 WZG, Anm.3, S.245; sowie Kloeppe, S.18 ff., 21; Osterrieth, S.289; Seligsohn, S.35.

46) Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, 1929.

47) Ulmer, Warenzeichen, S.5 ff., 63 ff., 102.

48) Recht des Markenschutzes, S.84 ff., 86/87.

49) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. z. WZG, Anm.8, 18; Reimer-Heydt, S.657; Beier, GRUR 1967, 629.

50) Vgl. die bei Reimer-Heydt, S. 658 abgedruckte Begründung zur Neufassung des § 25 WZG 1936, Bl.f.PMZ 1936, 119 ff., 122.

sprechung und Literatur, die für Kennzeichenrechte den gleichberechtigten Erwerb durch Eintragung und Verkehrsdurchsetzung annimmt und das einheitliche Recht je nach Erwerbsgrund einmal Warenzeichen, das andere Mal Ausstattung nennt, hat letztlich dazu geführt, daß aus dem anfänglichen "Lückenbüßer" Ausstattung die im Grunde wichtigere Grundlage des deutschen Zeichenrechts geworden ist⁵¹⁾. Die Aufwertung und Anerkennung wettbewerblicher Vorgänge im Zeichenrecht, die sich nicht nur bei der Behandlung des materiellen Zeichenrechts, sondern auch bei der Bewertung formaler Begriffe des WZG zeigt, führt letztlich zur nicht nur faktischen Vorherrschaft des sachlichen Rechts⁵²⁾. Eine weitere Verstärkung des materiellen Zeichenrechts wird auch der Benutzungszwang bringen⁵³⁾.

Damit läßt sich zusammenfassend sagen, daß das deutsche Warenzeichenrecht in hohem Maße von wettbewerbsrechtlichen Gedanken geprägt ist, und daß die benutzte und im Verkehr durchgesetzte Marke der eingetragenen Marke deutlich den Rang abgelaufen hat; nicht die formale Registerlage, sondern die Benutzungslage und die Verkehrsgeltung des Zeichens stehen heute im Vordergrund des Verletzungsprozesses⁵⁴⁾.

4. Fragestellung

- a) Angesichts der weitgehenden Berücksichtigung wettbewerblicher Vorgänge im formalen Zeichenrecht und der Möglichkeit eines auf Verkehrsgeltung gestützten, folglich wettbewerbsorientierten Kennzeichenschutzes ergibt sich die Frage, ob der Inhaber einer eingetragenen oder im Verkehr durchgesetzten Kennzeichnung noch eines Schutzes bedarf, der auf der Grundlage des § 1 UWG über

51) Vgl. Beier, GRUR 1967, 630.

52) Beier, Fußn. 51, a.a.O.

53) § 5 Abs.VII, S.1 WZG in der Fassung des Vorabgesetzes vom 4.9.1967, BGBl I, 953.

54) Dazu vgl. Beier, GRUR 1967, 628, 630.

Über den vom WZG gewährten Schutz hinausgeht. Als Grundlage für die Prüfung eines Jeden Schutzbedürfnisses ist vorangehend zu untersuchen, welche wirtschaftliche Werte im Warenzeichen enthalten sind oder von ihm verkörpert werden. Sodann ist zu prüfen, ob und in welcher Weise das deutsche Zeichenrecht in seiner oben umrissenen Ausgestaltung dem Schutz dieser wirtschaftlichen Werte Rechnung trägt. Erst wenn sich eine Diskrepanz zwischen Schutzwürdigem und -bedürftigem und dem rechtlich gewährten Schutz zeigt, kann von einem Bedürfnis für einen ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz gesprochen werden⁵⁵⁾.

- b) Für den Fall, daß sich das Bedürfnis nach einer Ergänzung des warenzeichenrechtlichen Schutzes bejahen läßt, ist zu untersuchen, ob sich die vom BGH ausgebildete Rechtsprechung dogmatisch rechtfertigen läßt. Dazu gehört auch die Frage, ob der theoretische Ausgangspunkt berechtigt und die vom BGH gefundene Lösung in allen Einzelfällen angebracht ist.
- c) Als weiterer Fragenkreis ergibt sich sodann die Suche nach den Richtlinien, an denen sich ein angemessener und die Interessen aller Betroffenen berücksichtigender wettbewerbsrechtlicher Schutz zu orientieren hat.

5. Gang der Untersuchung

a) Eingrenzung des Themas

Die vorliegende Arbeit hat sich nicht vorgenommen - und kann es aus räumlichen Gründen auch nicht -, den wettbewerbsrechtlichen Schutz von Warenzeichen allgemein darzustellen und zu untersuchen. Eine umfassende Erörterung aller Probleme, die sich mit dem Schutz

55) So auch v. Falck, a.a.O., GRUR 1966, 43, 44; Isay, GRUR 1928, 71 ff. zur Notwendigkeit der Rechenschaft bei Neuschöpfung von Rechtsinstituten. Zur Begründungshehrlichkeit vgl. Hilger, Festschrift für Larenz, S. 109, 114/115.

der im Zeichen verkörpert, im Wettbewerb errungenen Werte verbinden, würde den Rahmen einer Dissertation sprengen. Gegenstand der Untersuchung ist daher nur der ergänzende Schutz, der Warenzeichen und Ausstattungen auf der Grundlage des § 1 UWG wegen ihrer Eigenschaft gewährt wird, als Herkunftshinweis zu dienen. Dieser von der Rechtsprechung geschaffene Schutz ist auf seine Berechtigung, seinen Umfang und seine Ausprägung zu überprüfen.

Obwohl der Schwerpunkt der Darstellung auf dem nationalen Recht liegen wird, ist es doch aus vielerlei Gründen angebracht, auch ausländische Rechtsordnungen zu betrachten. Denn in einer Zeit zunehmender internationaler wirtschaftlicher Verflechtungen und eines steigenden grenzüberschreitenden Warenverkehrs - und damit auch Kennzeichengebrauchs - sind Kenntnisse ausländischen Rechts unerlässlich. Dies gilt nicht nur allgemein, sondern insbesondere im Gebiet der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, nicht nur wegen der engeren Wirtschaftsbeziehungen, sondern vor allem wegen der Bestrebungen, die national aufgefächerten Rechtsgebiete zu vereinheitlichen. Denn jede Rechtsvereinheitlichung setzt Klarheit über den Rechtszustand der beteiligten Länder voraus⁵⁶⁾.

Aber noch in einem weiteren Sinn ist der Blick auf ausländische Rechtsordnungen wichtig. Jedes nationale Recht wird von seiner eigenen historischen Entwicklung geprägt und unterliegt auf diese Weise einer eigenständigen dogmatischen Verfestigung⁵⁷⁾, welche zu einem beschränkten Kreis von Rechtsfiguren und Denkschemata führt. Hier ist es Aufgabe der Rechtsvergleichung, dem nationalen Rechtsdenken neue Impulse zu geben⁵⁸⁾, ihm neue Lösungsvorschläge und Gedankengänge zugänglich zu machen. Und schließlich dient die aus der Rechtsvergleichung zu gewinnende Erkenntnis, daß vielfach trotz Unterschiede in den Ansatzpunkten die praktischen Probleme zu letztlich übereinstimmenden Lösungen zwingen,

56) Vgl. Beier, Grundfragen, S.22.

57) Ulmer, Wege zur europäischen Rechtseinheit, 1960, S.15 spricht von Verkrustung.

58) v.d.Groeben, Geleitwort, S.VI, zu Ulmer, Vergleichende Darstellung, EWG-Gutachten Bd.I.

auch der Selbstwertbestimmung des nationalen Rechts, zugleich aber dem Gefühl der Gemeinsamkeit im Problemendenken - einer der Voraussetzungen einer Rechtsangleichung⁵⁹⁾.

b) Gliederungsüberblick

Die nachfolgende Arbeit wird zunächst aus dem anglo-amerikanischen, dem romanischen und sodann aus dem deutschen Rechtskreis berichten. Das Schwergewicht wird dabei in der Aufzeigung der historischen Entwicklungslinien liegen, ohne das Ergebnis dieser Entwicklung, den heutigen Rechtszustand, zu vernachlässigen. Im Anschluß daran folgt eine Darstellung von Entwicklung und Zustand des heutigen Meinungsstandes zum ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz in Deutschland, dem sich eine Kritik anschließen wird.

Im dritten Teil endlich wird die Interessenlage aufzuzeigen sein, an welcher sich ein Lösungsansatz zu orientieren hat. Soweit verfügbar, sollen dabei auch ausländische Ergebnisse nutzbar gemacht werden. Daß es nicht Ziel der vorliegenden Arbeit sein kann, für alle Fälle unlauteren Wettbewerbs mit Warenkennzeichen konkrete Lösungen anzubieten, versteht sich aus dem Wesen des unlauteren Wettbewerbs selbst. Zu starr gezogene Grenzen verführen unverzüglich zur Umgehung, letztlich war es diese Erkenntnis, die zur Einführung der Generalklausel des § 1 UWG im Jahre 1909 führte⁶⁰⁾. Die Ausgestaltung der Lösung im Einzelfall wird aufgrund der konkreten Sachverhaltsmerkmale und Tatumstände in jedem Fall dem Richter zu überlassen sein. Daß die Rechtsprechung dieser Aufgabe, insgesamt betrachtet, gewachsen ist, hat sie hinreichend bewiesen.

59) Vgl. Beier, Grundfragen, S.24; Ulmer, GRUR Int. 1968, 2.

60) Vgl. zur Geschichte: Finger, Wettbewerbsgesetz, S.6 ff.; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm.14.

1. Teil : Die Rechtslage im Ausland

2. Kapitel: Der anglo-amerikanische Rechtskreis

I. Allgemeine Grundlagen

1. Das anglo-amerikanische Recht ist, darin dem klassischen römischen Recht ähnlich¹⁾, ein Recht des Einzelfalls. Dieses "case law" ist gebildet aus unzähligen Einzelentscheidungen von Richterpersönlichkeiten, die ihren Spruch nicht aus der Subsumtion des Sachverhalts unter den allgemein und abstrakt gehaltenen Wortlaut des Gesetzes herleiten. Vielmehr entnehmen sie die Rechtsfolge aus der Natur der Sache, den Umständen des Sachverhalts und glaubten damit wohl ursprünglich, ihre Entscheidung aus der allgemein geübten Rechtsanschauung zu schöpfen²⁾. Daraus leitet sich auch der Begriff des "common law" her, der heutzutage für den gesamten Bereich des Überlieferten Fallrechts und seiner Grundsätze steht. Zugleich hat diese Grundlage des anglo-amerikanischen Rechts, historisch noch vor jeder Gesetzgebung bestehend, dem ganzen Rechtssystem den Namen gegeben. Für den englischen Rechtskreis hat die Bezeichnung aber noch eine weitere technische Bedeutung, die vergleichbar dem römischen Aktionendenken ist³⁾. Aus der Grundhaltung, daß das Recht bereits vor dem zu entscheidenden Streitfall bestehe und nur durch ihn aktualisiert werde⁴⁾, ergibt sich auch die bindende Wirkung der Einzelentscheidung für künftige, gleichgelagerte Fälle. Denn die Entscheidung gilt eben nicht nur für den Einzelfall,

1) Radbruch, S.7.

2) Radbruch, S.33; Counter, S.16, 17.

3) Counter, S.13 ff., Winfield, S.1, 2.

4) Counter, S.19, der zugleich aber auch die heutige, gegen-
teilige Ansicht betont, daß nämlich das Recht erst durch
die Vielzahl der Fallentscheidungen entstanden sei.

sondern ist Ausdruck eines allgemeinen, rechtlich gesicherten Prinzips⁵⁾, das auch für die Zukunft Geltung beansprucht. Wer von einer bindenden Vorentscheidung abweichen will ("to overrule the precedent"), muß entweder höheren Ranges als der Bindende sein, das rechtliche Prinzip, das er umgehen will, beschneiden oder vorbringen, daß sein Sachverhalt in den entscheidenden Punkten nicht gleichgelagert sei ("to distinguish")⁶⁾. Das Festhalten am einmal gefundenen Prinzip führte daher zur Erstarrung der Rechtsprechung bereits in historischen Zeiten⁷⁾. Wenn der Kläger sein Begehren nicht in eine der durch die Richter anerkannten Formen der "action" bringen konnte, wurde ihm kein Rechtsschutz gewährt⁸⁾. Diese unbilligen Härten des fallrechtlich geschaffenen "ius strictum" verlangten frühzeitig nach dem Ausgleich und der Ergänzung durch ein Billigkeitsrecht ("ius aequum"). Was in Rom die durch Prätorialedikte geschaffenen "actiones" waren, wurden in England ab dem 12. Jahrhundert die von den Lordkanzlern und den ihnen unterstellten Gerichten ("Court of Chancery") geschaffenen und anerkannten "writs"⁹⁾: die Ausdehnung der anerkannten Klageformen im Wege der Analogie und die Abhilfe gegenüber unbilligen Ergebnissen des Common Law im engeren Sinne¹⁰⁾. Entsprechend der Grundauffassung vom Wesen der Entscheidung als der Ausprägung eines allgemein gültigen Rechtsprinzips wurden die auf den Einzelfall bezogenen Billigkeitsentscheidungen ihrerseits zu bindenden Präzedenzfällen¹¹⁾, auf denen in der Folge eine eigene "equity"-Rechtsprechung aufbaute, ein neben dem strengen Recht des "Common Law" gleichberechtigt stehendes Billigkeitsrecht des "Court of Chancery".

5) Sei es Naturrecht, Sittengesetz, Gewohnheitsrecht oder Natur der Sache, vgl. Counter, S.16.

6) Vgl. Counter, S.86 f.

7) Auch darin, wie Radbruch, S.7, bemerkt, dem Recht der römischen "actiones" ähnlich.

8) Winfield, S.2, 3.

9) Radbruch, S.31.

10) Winfield, S.3, 4; Counter, S.48, 49.

11) Counter, S.16; Winfield, S.4; Radbruch, S.32 f.

Diese Zweispurigkeit des englischen Fallrechts wurde mit den "Judicature Acts" von 1873 in England beseitigt, ihre Spuren sind aber noch erkennbar. So ist zwar in England die Chancery Division des High Court kein organisatorisch eigenständiges Gericht mit eigenen Verfahrensregeln mehr neben der Queen's Bench Division des gleichen Gerichts¹²⁾, aber die Unterschiede zwischen der strengen Anforderungen an Behauptung und Nachweis der Anspruchsvoraussetzungen stellenden Common-Law-Rechtsprechung und der nachlässigeren Equity-Rechtsprechung sind noch nachweisbar¹³⁾. Auch in den USA zeigt sich die verfahrensmäßige Trennung beider Rechtsordnungen in den unterschiedlichen Zuständigkeiten der Gerichte und in den jeweils zugelassenen Einwendungen gegen Klagen.¹⁴⁾

Diesem Bestreben der equity-Rechtsprechung, dem Kläger auch da einen wirksamen Rechtsschutz ("equitable relief") zu gewähren, wo die Klagevoraussetzungen des "Common Law" keinen Anspruch zubilligten, verdankt z.B. die Ge- und Verbotsverfügung des Gerichts ("injunction") ihre Entstehung. Ihre Notwendigkeit in wettbewerblichen Sachverhalten¹⁵⁾ und die Handhabung durch die Richter i.S. eines flexiblen, wirksamen Rechtsschutzes haben dazu beigetragen, daß in England und - durch die weitgehende Rezeption dieses Rechtssystems - in den Vereinigten Staaten das Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht eine Domäne der Equity-Gerichte geworden ist¹⁶⁾. Demzufolge ist ihr Pragmatismus in der Behandlung der anstehenden Probleme¹⁷⁾ überall zu bemerken, eine dogmatische Durchdringung des Stoffes wird höchstens nachträglich versucht¹⁸⁾. Entscheidend ist mehr der von Gerechtigkeitssinn ge-

12) Vgl. Counter, S.84, 85.

13) Vgl. Street, S.7; Counter, S.49, 63; Winfield, S.1 Anm.5.

14) Vgl. §§ 33(a), 34 Lanham Act; Derenberg, S.26 ff.

15) Vgl. die Vermutung der Dringlichkeit der einstweiligen Verfügung in § 25 UWG, hierzu Baumbach-Hefermehl, § 25 Anm.3.

16) Dazu Derenberg, S.25 ff., 26.

17) In diesem Sinne die bei Sebastian, S.130, 131 abgedruckte Äußerung Lord Westbury's.

18) Counter, S.18, 19, 20,f.

tragene wirksame Rechtsschutz als seine dogmatische Rechtsfertigung.

2. So unterschiedlich aber auch die einzelnen Grundsätze des "Common Law" in seiner weiteren Bedeutung als ungeschriebenes Fallrecht ("case law") sind, so bilden sie doch ein eigenes System, das dem geschriebenen Recht ("statute law") gegenübersteht¹⁹⁾. Dabei nimmt das Gesetz zwar eine gleichberechtigte Stellung ein, die Grundlagen des Rechts erwachsen aber aus dem Common Law. Das Gesetz hat nur ergänzende Aufgaben bei der Lösung konkreter Rechtsfragen oder bei der Teilkodifizierung der Rechtsprechungsergebnisse. Aber selbst dort begegnet es nicht uneingeschränkter Wertschätzung, sondern wird aus seinem Wortlaut heraus ebenso interpretiert wie ein "precedent"; weder die Entstehungsgeschichte noch die Motive dienen zur Gesetzesauslegung. In Kenntnis dieses selbstherrlichen Umgangs der Richter mit dem ihnen anvertrauten Gesetzesrecht regelt der Gesetzgeber jede denkbare Einzelheit ausdrücklich und gibt authentische Definitionen²⁰⁾, um auf diese Weise den Untergang im "Gewebe des Common Laws"²¹⁾ zu verhindern.

Anders stellt sich dagegen das Verhältnis im Common Law und Statute Law in den USA dar. Zwar gibt es dort mehr Gesetze - sowohl der Einzelstaaten wie des Bundes. Aber die geschichtlich bedingte Rivalität zwischen einzelstaatlichen und bundesstaatlichen Gesetzgebungskompetenzen führt zu ganz anderen Ergebnissen.

Grundlage der Kompetenzverteilung ist die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika mit ihren Ergänzungen ("amendments").

19) Vgl. Radbruch, S.28 ff.; Counter, S.13.

20) Vgl. z.B. Titel X, sec.45 Lanham Act; § 68 Trademarks Act 1938.

21) Formuliert von Radbruch, S.28.

Was sie nicht ausdrücklich dem Bundesgesetzgeber zuweist, verbleibt in der Zuständigkeit der Einzelstaaten²²⁾. Danach steht dem Bundesgesetzgeber nur die Kompetenz zu, "to promote the progress of science and useful arts by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries" (Sec. 8, Art.1 Clause 8 der amerikanischen Verfassung). Nach einer berühmt gewordenen Entscheidung des U.S. Supreme Courts von 1876²³⁾ gibt aber diese Verfassungsbestimmung keine Grundlage für ein Bundeswarenzeichengesetz, so daß das darauf beruhende amerikanische Warenzeichengesetz von 1870 für verfassungswidrig erklärt wurde, weil es neben der bestätigenden Anerkennung von Common-Law-Rechten auch - ähnlich dem Patentrecht und dem heutigen englischen Gesetz - mit der Eintragung zeichenmäßige Berechtigungen verlieh. In der Folge konnte der Bundesgesetzgeber eine Zuständigkeit für ein Bundeswarenzeichengesetz nur aus der "Interstate-Commerce"-Klausel (Sect.8, Art.1, Cl.3 der amerikanischen Verfassung) herleiten²⁴⁾. Das hatte zur Folge, daß ein amerikanisches Bundesgesetz auf dem Gebiet des Warenzeichenrechts nicht materielles Zeichenrecht verleihen konnte, sondern - entsprechend der Zuständigkeitsverteilung - nur nach einzelstaatlichem Common Law entstandenen Zeichenrechten - einen besseren Schutz durch ein Eintragungsverfahren für zwischenstaatlichen Handel gewähren kann. An dieser traditionellen Beschränkung seiner Kompetenz hält der Bundesgesetzgeber fest, obwohl er nach neuerer Auffassung des Obersten Bundesgerichts (U.S. Supreme Court) durchaus befähigt wäre, auf dem Gebiet des Zeichenrechts gesetzgeberisch tätig zu werden - auch soweit es die Begründung von Zeichenrechten angeht^{24a)}.

22) 206 U.S. 90 (1905).

23) 100 U.S. 82 ff.

24) Zur überragenden Bedeutung dieser Verfassungsnorm für das Wirtschaftsleben der USA, vgl. Stern, The Commerce Clause and the National Economy, 59 Harv.L.Rev.645, 883 ff. (1946); auch Derenberg, Warenzeichen und Wettbewerb, S.12 ff.

24a) Vgl. Katzenbach v. McKlung, 379 U.S. 294 (1964); Montgomery and Reed, Constitutionality Report on Proposed Trademark Registration Treaty, 63 TMR 575 (1973); zum Ganzen Beier, Basic Features of Anglo-American, French and German Trademark Law, 6 IIC 285, 291 (1975), Fußn. 23, 24.

Während also im englischen Rechtskreis das Common Law, das die Grundlage auch des Zeichenrechts ist, als eine aus einzelnen Fallentscheidungen gebildete Rechtsquelle grundsätzlich gleichberechtigt neben dem Gesetzesrecht ("statute law") steht, gilt für die Vereinigten Staaten die Besonderheit, daß die Verfassung und ihre Auslegung eine bundesstaatliche Gesetzgebungskompetenz für eine Zeichenrechtsverleihung nicht zuläßt und damit im innerstaatlichen Bereich der Einzelstaaten diesen den Vorrang lassen muß. Diese Kompetenz haben zwar 50 Staaten zu einer Zeichengesetzgebung ausgenutzt; da die Grundsätze der Zeichenrechtsentstehung aber einheitlich auf das - von England herrührende - "Common Law" zurückgehen, unterscheiden sich die Gesetze nur in Einzelheiten. Aus diesem Grunde enthalten fast alle einzelstaatlichen Warenzeichengesetze die Klausel, daß das "Common Law"-Zeichenrecht oder seine Verstärkung durch bundesstaatliche Normen nicht berührt werden.

Soweit aber kompetenzgemäßes Gesetzesrecht geschaffen wurde, kann es für seinen Geltungsbereich zeichenrechtlich relevante Tatbestände schaffen. So haben z.B. die Staaten New York²⁵⁾, Illinois²⁶⁾ und Kalifornien²⁷⁾ den im deutschen Recht als "Verwässerung der Kennzeichnungskraft" bekannten Sachverhalt zum Gegenstand einer gesetzlichen Regelung gemacht, obwohl der Lanham Trademark Act vom 5.7.1946 als Bundesgesetz eine solche Regelung nicht kennt.

II. Die Entwicklung in Großbritannien

Zunächst ist die Entwicklung des englischen Warenzeichen- und Wettbewerbsrechts darzulegen, denn von dieser Grundlage aus hat sich das amerikanische Warenzeichenrecht entwickelt²⁸⁾.

25) General Business Law, Art. 24, § 368 d vom 1.9.1961.

26) Trade-Mark Law, Chapt. 140, Sect. 22 vom 1.1.1956.

27) Abschn.6 des Business and Professions Code, Kap.2, Art.12, Sect.14 330 v. 8.11.1967.

28) Vgl. Derenberg, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, S.28; Callmann, S.568 ; Nims, Bd.1, S.11, vor allem S.16 ff.

- 1 Der erste Rechtsstreit, der von allen Autoren²⁹⁾ als Beginn der Rechtsprechung zum Marken- und Wettbewerbsrecht bezeichnet wird, ist der Fall *Southern v. How* aus dem Jahre 1618³⁰⁾. Unklar ist allerdings der Sachverhalt. Nach dem einen Bericht ging ein Tuchhersteller, der für die Güte seiner Ware bekannt war und sie mit einem Zeichen versah, gegen einen Konkurrenten vor, weil dieser eine schlechtere Tuchqualität mit dem gleichen Zeichen versah. Nach dem anderen Bericht erhob der Käufer die Klage wegen Betrugs, weil er unter der auf dem Stoff angebrachten Marke gute Ware erwartet und schlechte bekommen hatte³¹⁾. In der Folge jedenfalls beurteilten die "Common Law"-Gerichte Fälle von Zeichenverletzungen nach den Grundsätzen der "Common Law"-Klage wegen Betrugs ("action for deceit"), die in der Folgezeit aus Gründen der Identifizierung des Sachverhalts zur "action for passing off" umbenannt wurde³²⁾. Diese Verletzungsklage unterschied sich aber von der üblichen Betrugsklage insoweit, als sie nicht nur vom Getäuschten, sondern auch - und dies wohl in erster Linie - vom Geschädigten erhoben werden konnte³³⁾. Denn die "Common Law"-Gerichte erkannten sehr früh bereits, daß der falsche Eindruck, der durch das Anbringen einer fremden Marke auf eigene Waren des Verkäufers oder Herstellers erweckt wurde, den eigentlich Zeichenberechtigten beeinträchtigen sollte und

29) Stellvertretend Sebastian, S.6, 133; Nims, Bd.1, S.16.

30) Poph.144; 3 Cro.471; beide Stellen zitiert bei Nims, Bd.1, S.16; Sebastian, S.173.

31) Wegen dieser unterschiedlichen Sachverhaltsschilderungen konnten später sowohl die Auffassung, daß damit der Eigentumscharakter des Zeichens bewiesen sei, als auch diejenige, daß die Warenzeichenverletzung unter dem Gesichtspunkt der Täuschung und des Betrugs zu beurteilen sei, diese erste Entscheidung jeweils für ihre Ansicht beanspruchen.

32) Vgl. Sebastian, S.173 f. m.w.N.; hierzu auch meistens Mitten-dorfer, H.G.: Unterscheidungskraft und Verkehrsgeltung im Markenrecht von Großbritannien und den USA, Diss. München 1975; v. Westerholt, Graf H.: Die Passing off-Klage im englischen Recht, München-Köln 1976.

33) Sebastian, S.173.

nicht nur den unmittelbaren Käufer. Verhältnismäßig früh (1833) führte dies zu der Erkenntnis, daß auch das Abspenstigmachen von Kunden eine Schädigung sein konnte³⁴⁾. Daher wurde auch dort die "action for deceit" des Zeicheninhabers zugelassen, wo der unmittelbare Käufer - als Zwischenhändler - wußte, daß die aufgebrachte Marke nicht dem eigentlichen Hersteller zustand, wo er aber dennoch die Waren weiterverkaufte, um den durch das irreführende Zeichen bewirkten Kaufentschluß auszunutzen³⁵⁾. Entsprechend dieser Klagegrundlage mußte nach der strengen "Common Law"-Rechtsprechung aber vom Kläger in jedem Fall nachgewiesen werden, daß der Beklagte in betrügerischer Absicht (fraudulently) gehandelt hatte. Lord Westbury³⁶⁾ sah darin sogar den eigentlichen Kern der ganzen Klage³⁷⁾. Dabei begnügte sich anfangs die Common Law-Rechtsprechung nicht mit einer Vermutung des absichtlichen Betrugs, wenn der Beklagte vom Kläger verwarnt und ihm mitgeteilt worden war, daß die benutzte Marke nach Meinung des Klägers täuschungsg geeignet war oder tatsächlich täuschend war. Vielmehr mußte bewiesen werden, daß der Beklagte eine solche Täuschung für wahrscheinlich hielt, daß er also seine Waren "als und anstatt" der Waren des Klägers verkaufte³⁸⁾. Später allerdings³⁹⁾ wurde es als genügend für diesen Nachweis angesehen, wenn der Beklagte in Kenntnis der Tatsachen die ange- ma ßte Marke weiter benutzte. Weiterhin war für den Klageerfolg erforderlich, daß der Kläger rechtswidrig beeinträchtigt war ("injured"). Das lief in Warenzeichenverletzungsklagen auf den

34) Blofeld v. Payne, 4 B.+ Ad.410, berichtet bei Kerly, Rdn.1-04.

35) Vgl. Sebastian, S.172, 173 unter Hinweis auf Sykes v. Sykes, 3 B. + Cr.541 (1824).

36) Bei Sebastian, S.174.

37) Edelsten v. Edelsten, 1 De G.J. + S.185 (1863), zitiert bei Sebastian, S.130, 131: "Proof of fraud on the part of the defendant is the essence of the action", zitiert bei Sebastian, S.174.

38) Vgl. Sebastian, S.175; Kerly, Anm.1-03; beide unter Hinweis auf Crawshay v. Thompson, 4 Man. + G.357; Sykes v. Sykes, 3 B + Cr.541.

39) Singer Manufacturing Co. v. Loog, 8 App.Cas.15 (1882).

Nachweis hinaus, daß der Kläger tatsächlich mit seiner angegriffenen Marke gekennzeichnete Waren im Handel vertrieb und nicht nur mit seinem Zeichen geworben hatte⁴⁰⁾, folglich auf den Nachweis der Zeichenbenutzung im tatsächlichen Wettbewerb.

Anhand dieser wenigen Erläuterungen zeigt sich, daß hinter dem Satz: "No man has the right to sell his own goods as the goods of another"⁴¹⁾ ein vielfach gewobenes Netz von richterlichen Einzelentscheidungen und Ausgestaltungen einzelner Tatbestandsmerkmale steht. Die vereinfachten Voraussetzungen einer Schadensersatzklage unter dem Gesichtspunkt einer "action for deceit by passing off" nach Common Law" faßte Lord Langdale^{41a)} wie folgt zusammen:

Der Kläger muß über längere Zeit eine bestimmte Kennzeichnung für von ihm hergestellte Waren als Kennzeichen dieser Tatsache benutzt haben, dieses Zeichen muß im Verkehr bekannt sein, der Beklagte muß dieses Zeichen nachgeahmt und die mit der Nachahmung versehenen Waren in betrügerischer Absicht als und anstatt von Waren des Klägers verkauft haben.

Der Kläger hatte nicht nur den vollen Beweis dieser objektiven Tatbestandsmerkmale zu erbringen, sondern eben auch nach den strengen Regeln des "Common Law"-Beweisrechts den subjektiven Tatbestand der betrügerischen Absicht und den Nachweis einer echten Beeinträchtigung⁴²⁾. Daß angesichts dieser Voraussetzungen sich ein Bedürfnis nach einem mehr objektivierten, einfacheren und effektiven Rechtsschutz auftrat, kann nicht verwundern.

2. Diese Hilfe bot das bereits erwähnte Rechtssystem der "equity" allein schon deswegen, weil "in equity it was enough to show

40) Vgl. Sebastian, S.177 m.w.N.

41) Lord Langdale in Croft v. Day, 7 Beav.84 (1843), berichtet bei Sebastian, S.7 und Nims, Bd.1, S.19.

41a) In Croft v. Day, Fußn.41, a.a.O.

42) Sebastian, S.177, nennt dies "a sufficient cause of action".

that the defendant threatened to do, and would, if not prevented, do an injury"⁴³⁾. Es genügte also für das Gebiet des Warenzeichen- und Wettbewerbsrechts, wenn eine Zeichenverletzung nachweisbar drohte, wobei ein effektiver Schaden nicht nachgewiesen werden mußte⁴⁴⁾. Diese Möglichkeit der Gefahrenabwehr mit dem richterlichen Mittel der "injunction" durch die Gerichte der "Equity" war allein schon Anlaß genug, Warenzeichen- und Wettbewerbssachen vor sie zu bringen.

Zunächst allerdings sahen sich die "Equity"-Richter nicht in der Lage, zusätzlich zum "Common Law" Rechtsschutz zu gewähren. So lehnte im Jahr 1742 im ersten berichteten Zeichenverletzungsprozeß der "Equity"-Rechtsprechung Lord Hardwick den Erlaß einer "injunction" ab, weil ihm keine Entscheidung der "Chancery"-Gerichte bekannt war, in der wegen unbefugten Gebrauchs des Zeichens eines Wettbewerbers eine Unterlassungsverfügung ergangen war⁴⁵⁾. Dabei verkannte er nicht, daß zwar ein tatsächlich erfolgter Betrug verhindert oder bestraft werden müsse, aber den bloßen Gebrauch einer fremden Marke zu untersagen, schien ihm zu schädlichen Folgen zu führen ("of mischievous consequence")⁴⁶⁾. Diesem ersten - ablehnenden - Fall folgten allerdings weitere Entscheidungen⁴⁷⁾, in denen die Verletzung des klägerischen Zeichens durch eine Unterlassungsverfügung ("injunction") verhindert wurde. Von da an erfreute sich der Court of Chancery steigender Beliebtheit für Warenzeichen- und Wettbewerbssachen, weil eben die "equitable reliefs" der

43) Lord Blackborne in *Singer Manufacturing Co. v. Loog*, 8 App.Cas. 15, 29, zitiert bei Sebastian, S.9.

44) Vgl. *Derenberg*, Warenzeichen und Wettbewerb, S.331 ff., 349.

45) *Blanchard v. Hill*, 2 Atk. 484, zitiert bei Sebastian, S.7, 179.

46) Zitiert bei Sebastian, S.179; Nims, S.17; Sebastian leitet daraus (S.7) den Schluß her, seine Lordschaft habe wohl ein Monopol an dem Zeichen befürchtet, dabei müsse ihm der Unterschied zwischen einem Zeichen und einem Patent nicht ganz gegenwärtig gewesen sein "... not being clearly present to his lordship's mind".

47) *Day v. Day*, Sebastian Dig., S.21 (1816); *Henry v. Price*, 1 Leg. Obs.364 (1831); beide Entscheidungen zit. bei Sebastian, S.179.

"injunction" und des "accounting"⁴⁸⁾ nur das drohende Bestehen eines Schadens, nicht aber den tatsächlichen Schadenseintritt erforderten.

Trotz dieser Erleichterung für den Kläger durch Gewährung des dem Schaden vorbeugenden Rechtsschutzes folgten auch die Equity-Gerichte zunächst den von den Common Law-Gerichten entwickelten Grundsätzen zur "action for deceit by passing off". Das bedeutete auch für den Kläger vor dem Court of Chancery, daß er auf betrügerische Absicht des Beklagten bei dessen Nachahmungshandlung zu plädieren und diese im Falle des Bestreitens nachzuweisen hatte. Eine absolute Zeichenberechtigung, eine Art Eigentum im Zusammenhang mit einem Zeichen, wurde verneint, und für den Fall einer Anerkennung sah man die schädlichen Folgen eines Monopols voraus⁴⁹⁾.

Im Jahr 1838 jedoch fällte Lord Cottenham die berühmt gewordene Entscheidung im Fall *Millington v. Fox*⁵⁰⁾. Er erließ nämlich eine Unterlassungsverfügung gegen einen Zeichenverletzer, der ohne jede böse Absicht das Zeichen eines anderen benutzt hatte und folglich nach den von der Common Law-Rechtsprechung entwickelten und von der Equity-Rechtsprechung bisher befolgten Grundsätzen nicht zu belangen gewesen wäre. Lord Cottenham erkannte, daß die Wirkung gegenüber dem Verkehr die gleiche dann war, wenn die Marke eines anderen für eigene Waren in betrügerischer Absicht verwendet wurde, wie dann, wenn sie völlig unbeabsichtigt benutzt wurde. Der Effekt sei in beiden Fällen derjenige, daß die Käufer die Waren des einen für solche des anderen hielten und deswegen kauften, womit dem rechtmäßigen Zeicheninhaber die Kundschaft vorenthalten würde, so daß der Zeichenanmaßer

48) Entspricht etwa dem Unterlassungsgebot und der Feststellung einer Schadensersatzpflicht sowie der Anordnung der Auskunftserteilung zur Schadensberechnung, vgl. Derenberg, Warenzeichen und Wettbewerb, S.331.

49) *Blanchard v. Hill*, 2 Atk.484 (1742), zitiert bei Sebastian, S.182.

50) 3 My. + Cr.338 (1838), zitiert bei Sebastian, S.182; Nims, Bd. 1, S.175; Kerly, Anm.1-o5.

auch ohne eigenes Dazutun auf Kosten des Verletzten und der Verkehrskreise einen Gewinn erziele⁵¹⁾. Ausgehend von dieser, auf die Verhinderung einer objektiv erfolgenden Täuschung abzielenden Entscheidung entwickelte sich eine heftige Diskussion innerhalb der Equity-Gerichte zwischen zwei Auffassungen. Nach der einen war die Grundlage der Warenzeichenrechtsprechung des Court of Chancery, ebenso wie diejenige der Common Law-Gerichte, in der "action for deceit" zu sehen, setzte also absichtlichen Betrug voraus; ein eigentumsähnliches Recht am Zeichen wurde verneint. Nach der anderen Auffassung stellte die Entscheidung Millington v. Fox auf den Schutz des Eigentums vor Beeinträchtigung ab, die Klagegrundlage war also ein eigentumsähnliches Recht am Warenzeichen, absichtlicher Betrug war für die Erlangung einer Untersagungsverfügung nicht erforderlich⁵²⁾. Interessanterweise versuchte man anfangs die Versöhnung der objektiven und dersubjektiven Auffassung über die Rechtsnatur des Zeichenschutzes auf die gleiche Art, die sich das Reichsgericht in der Sonnengold-Entscheidung zu eigen machte⁵³⁾. Die Schutzgewährung im Wege der Unterlassungsverfügung ohne den Nachweis einer betrügerischen Absicht wurde damit begründet, daß zwar die Benutzung eines fremden Zeichens anfangs schuldlos erfolgen könne, diese Benutzung aber in dem Augenblick zur betrügerischen werde, wo der Verletzer vom bestehenden Zeichenrecht eines anderen erfahre, aber die Benutzung nicht einstelle⁵⁴⁾. Gegen diese Rechtsfigur einer "mala fides superveniens" wandte sich aber Lord Westbury als Vertreter der bald Überwiegenden - und heute in England herrschenden - Meinung mit der gleichen Argumentation, wie sie auch gegen die anfängliche Reichsgerichts-Rechtsprechung geltend gemacht wurde. Im Fall Leather Cloth Co. v. American Leather Cloth Co.⁵⁵⁾ heißt es dazu:

51) Vgl. Sebastian, S.182.

52) Sebastian, S.183 m.w.N.

53) RG vom 30.4.1928 - Sonnengold - RGZ 120,325,328, vgl. oben S.8.

54) Vizekanzler Wood in McAndrew v. Bassett, 33 L.J.Ch.561 (1864); Lord Cairns in Singer Manufacturing Co. v. Wilson, 3 App.Cas. 376-91; beide erwähnt bei Sebastian, S.184 m.w.N.

55) 4 De G.J. + S.137 (1865), insoweit abgedruckt bei Sebastian, S. 184,185.

"Die Vorspiegelung, die der Beklagte angeblich macht, daß nämlich seine Waren die Waren einer anderen Person sind, wird in Wirklichkeit nicht anders bewirkt als dadurch, daß er das Warenzeichen sich aneignet und benutzt, daß diese andere Person ausschließlich in Verbindung mit dem Verkauf irgendeines Gegenstandes zu nutzen berechtigt ist. Wenn der Kläger ein ausschließliches Recht hat, irgendein Zeichen oder Symbol zu benutzen, wird es für die Zwecke dieser Verwendung sein Eigentum und die Handlung des Beklagten ist die Verletzung eines solchen Eigentumsrechts... Das eigentliche Prinzip, auf dem die Rechtsprechung des Gerichts zum Schutz der Warenzeichen beruht, ist der Schutz des Eigentums; daß der Gerichtshof mit der Unterlassungsverfügung eingreift, liegt daran, daß dies der einzige Weg ist, auf dem solches Eigentum effektiv geschützt werden kann."

Folglich muß der Kläger vorbringen, daß er "erstens ein ausschließliches Benutzungsrecht für ein bestimmtes Zeichen oder Symbol in Verbindung mit irgendeinem Produkt oder verkäuflichen Gegenstand hat; zweitens daß sich der Beklagte sein Zeichen oder Symbol angeeignet hat und es benutzt mit der Folge der Schädigung des Kundenstamms und der Beeinträchtigung des Handelsbetriebes oder Unternehmens" 56).

Diese Grundlage der "common law trade-mark" hat sich bis auf den heutigen Tag nicht verändert. Das Eigentumsrecht in bezug auf ein Zeichen erwächst aus Aneignung und Gebrauch ("adoption and use") 57), aus denen wiederum eine Wertschätzung des Verkehrs ("reputation") entsteht, deren Bezugspunkt der Kläger ist. "Der Gebrauch oder die Nachahmung eines Zeichens, des Handelsnamens oder der Ausstattung oder eines sonstigen Merkmals, die in der Vorstellung der beteiligten Verkehrskreise mit den Waren des Klägers assoziiert werden, ... stellt den allgemeinen Fall der Unterschlebung dar ... 58). Der Nachweis dieser von der Rechtsprechung geforderten Tatbestandsmerkmale, vor allem das

56) Sebastian, S.185 m.w.N.

57) Entscheidung im Fall "Bali", T.M. (1969), RPC 472, 494.

58) Lord Parker in A.G.Spalding & Brothers v. A.W.Gamage Ltd , (1915) 32 RPC 273, 284; Kerly, Anm.16-o9 m.w.N.

Erfordernis der "reputation", der Verkehrsbekanntheit des Zeichens oder Symbols in Verbindung mit den Waren des Klägers, stellte sich als schwierig und äußerst kostspielig heraus. Häufig war für ihren Nachweis eine Reihe von Zeugen oder Gutachten notwendig, um den Beweis zur Zufriedenheit des Gerichts zu erbringen. Dies vor allem dann, wenn der Beklagte als Verteidigung vorbrachte, ein ausschließliches Benutzungsrecht hätte schon deswegen nicht entstehen können, weil das Zeichen rein beschreibend oder freihaltungsbedürftig war. Diese aufwendige Beweisführung war gegenüber jedem neuen Verletzer erforderlich, die noch dazu - überwiegend ohne größeren materiellen Hintergrund - die Kostenlast des Prozesses auf dem Kläger ruhen ließen⁵⁹⁾.

Ein einfacherer Schutz war für Warenbezeichnungen nicht erhältlich, so daß das Verlangen der Handelskreise nach einem effektiveren Schutz nur zu verständlich war. Im Jahre 1862 wurde daher schließlich ein Komitee des Unterhauses zur Prüfung der mit Zeichenrechten zusammenhängenden Fragen ins Leben gerufen, das von den interessierten Kreisen gedrängt wurde, sich für die Schaffung eines Zeichenregisters und der Möglichkeit einer Zeichenentstehung durch Eintragung im Register nach ausländischem Vorbild zu verwenden⁶⁰⁾. Dafür fand das Komitee zwar keinen Anlaß, aber aufgrund seiner Empfehlungen wurde der Merchandise Mark Act von 1862⁶¹⁾ erlassen, womit wenigstens irreführende Warenbezeichnungen untersagt wurden.

Dem Bestreben der Handelskreise nach mehr Rechtssicherheit wurde schließlich im Jahre 1875 Rechnung getragen. Der englische Gesetzgeber, anders als der amerikanische durch keine geschriebene Verfassung in seiner Kompetenz eingeschränkt, erließ den Trade Marks Registration Act von 1875, in welchem er das gegenwärtige Registersystem ins Leben rief.

59) Kerly, Anm.5, 1-06.

60) Kerly, Anm.5, 1-07.

61) Jetzt gilt an seiner Stelle der Trade Descriptions Act v. 1968.

Damit sollte ein Vierfaches erreicht werden:

Da die Eintragung des Zeichens im Register ein Beweis des ersten Anscheins⁶²⁾ für das ausschließliche Benutzungsrecht des Eingetragenen darstellte, wurden die Beweisschwierigkeiten und -kosten der bisherigen "action for passing-off" erheblich vermindert, wenn nicht gar beseitigt. Weiterhin wurde mit der Registrierung angestrebt, den Interessierten ein möglichst vollständiges Bild vom Umfang der als Warenzeichen beanspruchten Kennzeichen zu geben, außerdem sollten die Rechte der Zeicheninhaber zur Information der Handelskreise gesetzlich definiert werden und schließlich sollten die Voraussetzungen eines gültigen Warenzeichens festgelegt werden⁶³⁾. Zugleich aber - und dies stellt heute den eigentlichen Unterschied zum amerikanischen Warenzeichenrecht dar - ließ der Gesetzgeber einen für das englische Common Law-Zeichenrecht neuen Entstehungstatbestand zu, nämlich die Erlangung des Zeichenrechts allein durch die Eintragung⁶⁴⁾.

Die geschichtliche und gedankliche Verbundenheit des formellen Zeichenrechts mit dem Common Law-Zeichenrecht läßt sich jedoch in allen englischen Warenzeichengesetzen bis 1938 verfolgen⁶⁵⁾. Sie zeigt sich z.B. darin, daß die Registrierung kraft Gesetzes dem öffentlichen Gebrauch des Zeichens gleichgestellt wird, womit auch verfahrenstechnisch die Parallelität des formalen und materiellen Zeichenrechts gewahrt wurde⁶⁶⁾.

62) Prima-facie evidence, sect.3 T.M.Reg.Act von 1875.

63) Vgl. Kerly, Anm.1-08; In re Appolinaris'Co. T.M., (1891) 8 RPC 137.

64) Sec.2 T.M.A. von 1875; eine Zeichenentstehung durch Eintragung kannte das englische Recht allerdings schon seit 1623 hinsichtlich der "Sheffield Cutlers Marks", vgl. Kerly, Anm. 1-07, 6-01,2. Im Jahr 1890 konnte Sebastian, S.385 noch schreiben, daß diese Regelung auch in den USA gelte; das entsprechende Gesetz war jedoch bereits für verfassungswidrig erklärt, 100 U.S. 82 ff. (1876).

65) Vgl. sec.2 T.M.A. 1875; sec.75 T.M.A. 1883-88; sec.40 T.M.A. 1905, abgedruckt bei Kerly, S.658 ff.

66) Vgl. Kerly, Anm.1-12; zu Reformbestrebungen in Großbritannien vgl. v.Westerholt, GRUR Int. 1975, 78.

3. Dieser geschichtliche Werdegang bestimmte auch das Verhältnis der "common law-action for passing-off" als der auf das materielle Recht gestützten Klageform zu der auf das formelle Registerrecht gestützten "action for infringement of a trademark".

Der Begriff des "infringement of a trademark" war schon vor der Errichtung eines Registers bekannt und bezeichnete diejenigen Verletzungsformen, in denen durch das Mittel einer "trade-mark", d.h. mit einem ausdrücklich zu dem Zweck der Unterscheidung und der Herkunftsangabe von Waren gewählten Symbol⁶⁷⁾, die irrige Vorstellung des Publikums über die Warenherkunft bewirkt werden sollte. Diese Sachverhalte wurden als der häufigste Sonderfall der allgemeineren "action for passing-off" angesehen, bei der es nur und allein auf das Unterschieben von Waren ankam⁶⁸⁾. Neben der direkten Bezugnahme kann dabei als Mittel der Herkunftstäuschung zwar auch die Anmaßung eines fremden Warenzeichens, aber ansonsten jedes individualisierende Merkmal sein; in Betracht kommen z.B. die Firma^{68a)}, der Handelsname (trade name)⁶⁹⁾ oder die Aufmachung (get-up) der Waren⁷⁰⁾. "Die alten Prinzipien, aus denen die "infringement"-Klage erwuchs, werden immer noch anerkannt und von den Gerichten angewandt Die "action for passing-off" ist offensichtlich die verallgemeinerte Form der "action for infringement", wobei letztere als spezialisierte Form der Klage nur für diejenigen Fälle angewandt wird, in denen der Kläger sein Begehren auf ein eingetragenes Zeichen anstatt auf die Verkehrsgeltung stützt."⁷¹⁾ Hieraus ergibt sich die Folge, daß auch heute noch beide Klagearten kaum voneinander

67) Kerly, Anm.1-06.

68) Vgl. Kerly, Anm.16-02, 16-73.

68a) Adrema Ltd. v. Adrema GmbH and others, (1958) RPC 323; Kerly, Anm.16-20 m.w.N.

69) Vgl. Kerly, Anm.16-50 ff. m.w.N.

70) Vgl. Kerly, Anm.16-68 ff. m.w.N.

71) So Kerly, Anm.16-08 statt aller.

unterschieden werden und regelmäßig beide "actions" gegen den Zeichenverletzer geltend gemacht werden. Der einzige Unterschied zwischen beiden Formen der "action" ist darin zu sehen, daß da, wo der eingetragene Zeichenberechtigte auf die Eintragung und das dadurch begründete Ausschließlichkeitsrecht verweisen kann, der Nichteingetragene nachweisen muß, daß ein unterscheidungskräftiges ("distinctive") Merkmal⁷²⁾ für seine Waren Verkehrsgeltung ("reputation") errungen hat⁷³⁾. Hinsichtlich der Verwechslungsgefahr ("likelihood of confusion, deceptive resemblance") jedoch bestehen weder Unterschiede in der Art noch in der Beurteilung⁷⁴⁾.

Was die Arten der Verwechslungsgefahr angeht, so konnte mit der "passing-off"-Klage schon immer gegen Wettbewerber vorgegangen werden, die durch die Aufmachung ihrer Waren vorgaben, mit dem Kläger in einer - wenn auch nur losen - Geschäftsverbindung zu stehen⁷⁵⁾. Seit 1938 sieht nun auch das formelle Zeichenrecht den Tatbestand einer erweiterten Verwechslungsgefahr vor⁷⁶⁾. Im Übrigen kennen beide Klagearten die unmittelbare Verwechslungsgefahr hinsichtlich Zeichen und Geschäftsbetrieb ebenso, wie eine mittelbare Verwechslungsgefahr durch Serienzeichen.

Soweit es unterschiedliche Ausgestaltungen im Bereich von Wettbewerb und Warengleichartigkeit gibt, erklären sie sich aus der wettbewerbsrechtlich bedingten Variabilität der "passing-off"-Klage im Verhältnis zur formalen Strenge der "infringement"-Klage. Während es nämlich bei ersterer genügt, wenn Kläger

72) Das nicht notwendig den gesetzlichen Anforderungen an ein Warenzeichen genügen muß, vgl. sec.9, 10 T.M.A. 1938.

73) Vgl. Kerly, Anm.16-27.

74) Vgl. bei Kerly, S.450 ff. das Kapitel "Deceptive Resemblance".

75) Vgl. Kerly, Anm.16-06; British Legion v. British Legion Club (Street) Ltd., (1931) 48 RPC 555; zuletzt Henderson v. Radio Corp. Pty. Ltd. (1969) RPC 218, 234.

76) Vgl. sec.4 Abs.1(b): "... importing a reference to ... (the proprietor", dazu vgl. Kerly, Fußn. 14-26, 27 m.w.N.

und Beklagter einen gemeinsamen Tätigkeitsbereich haben, so entfernt verwandt er auch sein mag⁷⁷⁾, wird das eingetragene Zeichen nur für diejenigen Waren geschützt, die den eingetragenen Waren wenigstens gleichartig sind⁷⁸⁾.

Während bei der "infringement"-Klage der zeichenmäßige Gebrauch der Marke des Beklagten Voraussetzung des Erfolgs ist⁷⁹⁾, erfordert die wettbewerbsrechtliche Klage, daß das Verhalten des Beklagten wegen der Verwendung von wenigstens verwechslungsähnlichen Kennzeichnungen oder Aufmachungen dazu führt, daß die beteiligten Verkehrskreise die Waren oder den Betrieb des Beklagten für diejenigen des Klägers halten können⁸⁰⁾. Diese Gesamtschau, unter der die "passing-off"-Klage behandelt wird, beinhaltet nicht nur solche Fallgestaltungen, in denen die Kennzeichnungen und Aufmachungen des Klägers als Herkunftshinweis vom Beklagten verwandt werden, sondern umfaßt alle Verwendungsarten, solange der Verkehr aufgrund ihrer Verwendung an den Kläger oder eine Beziehung zu ihm denken kann⁸¹⁾.

Der zentrale Begriff jedoch, an dem jegliche Verletzungs- oder "passing-off"-Klage hängt, ist der der Verwechslungsgefahr. Sie ist der Test, den jedes Klagebegehren zu bestehen hat, ein Test, der nach den objektiven Tatsachen vorgenommen wird, mag auch auf das potentielle Urteil der jeweiligen Letztverbraucher abgestellt werden⁸²⁾, und für dessen Beurteilung aufgrund der vorgebrachten Beweise der Richter zuständig ist⁸³⁾. Wo objektive Verwechs-

77) Rolls Razor Ltd. v. Rolls (Lighters) Ltd. and Others (1949) 66 RCP 137 u. 299.

78) "... goods of the same description", vgl. Kerly, Anm.14-15; sec.4 Abs.1 T.M.A. 1938: "... in relation to any goods in respect of which (the mark) is registered".

79) Sec.4 Abs.1(a) T.M.A. 1938, vgl. dazu Kerly, Anm.14-o5.

80) Vgl. Kerly, Anm.16-27 m.w.N.

81) Vgl. Kerly, Anm.16-51 m.w.N.

82) Vgl. Kerly, Anm.16-o5, o6.

83) Electrolux Ltd. v. Electrix (No.2), (1954) 71 RPC 23, 31; Kidax Ltd.'s Appn. (1960) RPC 117, 122 (C.A.).

lungsgefahr festgestellt wird, bedarf es keinerlei Nachweises der Täuschungsabsicht⁸⁴⁾; andererseits kann aber eine offen zutage tretende Täuschungsabsicht den - vom Kläger zu führenden - Nachweis der objektiven Täuschungsgefahr erleichtern⁸⁵⁾. Denn der Nachweis der Täuschungsabsicht wird - ausgehend von dem Gedanken, daß, wer ein Ziel mit aller Kraft zu erreichen sucht, es auch erreichen wird⁸⁶⁾ - von den Gerichten als eine von mehreren Beweiszeichen für das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr gewertet⁸⁷⁾. Die Verwechslungsabsicht muß, soweit kein Eingeständnis des Beklagten vorliegt, aus den objektiven Gegebenheiten des Sachverhalts gefolgert werden können, wobei unerwartete und ungerechtfertigte Ähnlichkeit der Waren, unbeachtliche Unterschiede⁸⁸⁾, irreführende Angaben, die besser für den Kläger als für den Verletzer passen und - im Licht der BGH-Rechtsprechung ist man versucht zu sagen: vor allem - in der schrittweisen Annäherung an Namen, Aufmachung oder beschreibende Angaben des Klägers⁸⁹⁾ Beweiszeichen für eine Täuschungsabsicht des Beklagten darstellen. Erneut sei jedoch betont, daß die aus den Sachverhaltsmerkmalen entnommene Täuschungsabsicht nur eines von mehreren Anzeichen für eine Verwechslungsgefahr ist, die im übrigen objektiv gegeben sein muß. Denn "das Recht befaßt sich nicht mit der betrügerischen Absicht, solange nichts unternommen wurde, um den Betrug auszuführen"⁹⁰⁾ und im übrigen "ist es zwar ein kleiner Schritt von der nachgewiesenen Täuschungsabsicht zu

84) Vgl. Kerly, Anm.17-39 m.w.N.; bereits Reddaway v. Bentham Hemp Spinning Co., (1892) 9 RPC 503.

85) O.T. Ltd. v. Cumming & Co., (1915) 32 RPC 69; Rolls Razor Ltd. v. Rolls (Lighters) Ltd., (1949) 66 RPC 299, 303.

86) Slazenger v. Feltham (1889) 6 RPC 531, 538.

87) Vgl. Kerly, Anm.16-74 m.w.N.

88) So z.B. die Bezeichnung Demon und Demotic in Slazenger & Sons v. Feltham & Co., (1889) 6 RPC 531 (C.A.).

89) So bereits die Entscheidungen Appollinaris Co. v. Herrfeldt, (1887) 4 RPC 478; Sanitas Co. Ltd. v. Candy, (1896) 4 RPC 195, 530; Reddaway v. Banham, (1896) 13 RPC 218, 233; Colman v. Farrow, (1898) 15 RPC 198.

90) Lord Esher, M.R. in Reddaway v. Banham, (1895) 12 RPC 89.

ihrer Ausführung, aber: dieser Schritt muß erst einmal getan werden"⁹¹⁾.

4. Die "infringement"-Klage geht von der Registrierung (sec.2 Trade-Marks Act 1938) des Zeichens aus und bietet ihm einen absoluten Rechtsschutz, dessen Grenzen umrissen werden können mit den Begriffen "zeichenmäßige Benutzung", "Warengleichheit oder -gleichartigkeit" und "objektive Verwechslungsgefahr".

Dagegen erfordert die "passing-off"-Klage eine unterscheidungskräftige Bezeichnung mit Verkehrsgeltung und eine solche Nachahmung, die zur objektiven Verwechslungsgefahr ausreicht. Letztere ist dabei einerseits abhängig von der Waren- oder Geschäftsbereichsnähe und andererseits von der Verwendung als Herkunftshinweis, der zeichenmäßigen Benutzung⁹²⁾.

Damit ist das Verhältnis der beiden Klagearten zueinander demjenigen vergleichbar, das im deutschen Recht zwischen dem formellen und dem materiellen Zeichenrecht, zwischen Registerrecht und Ausstattungsrecht besteht. Die Entwicklung eines übergeordneten allgemeinen Wettbewerbsrechts hat sich dagegen in Großbritannien nicht vollzogen, obwohl bereits 1909 die "passing-off"-Klage für alle diejenigen Fälle als gegeben erachtet wurde, in denen eine falsche Angabe ("misrepresentation") geeignet war, jemandem anderen in seinem Handel oder Gewerbe Schaden zuzufügen⁹³⁾. Trotz solcher Ansätze, das enge Prinzip des Herbeiführens eines

91) So Earl Loreburn in *Claudius Ash, Son & Co. v. Invicta Manufacturing Co.*, (1912) 29 RPC 465, 475; vgl. auch *Saxlehner v. Apollinaris Co.*, (1897) 14 RPC 645, 654.

92) Vgl. zu dieser ähnlichen Betrachtungsweise im deutschen Recht: *Wilde*, GRUR 1968, 477; *Heydt*, Mitt.1969, 319; *Bußmann*, GRUR 1971, 392.

93) *Parker, J. in Burberry v. Cording*, (1909) 26 RPC 693, 701. Der Fall wurde allerdings auf der Grundlage der hergebrachten "passing-off"-Klage behandelt und eine Täuschung oder Täuschungsgefahr abgelehnt.

Schadens durch Verwechslung oder Verwechslungsgefahr auszuweiten zu einem mehr generalklauselartigen Prinzip des Verbots geschäftsschädigender Handlungen, hat sich doch die englische Rechtsauffassung von der engeren Ausprägung der "passing-off action" nicht getrennt, wenigstens nicht in Warenzeichensachen⁹⁴⁾. Stellungnahme wie die von Lord Morris sind ohne Echo geblieben, wenn er den Grundsatz hervorhebt, daß hinter dem Interessenkonflikt zwischen dem Erfordernis eines "fair trade", den Erwartungen der Wettbewerber allgemein und denen des einzelnen Gewerbetreibenden das einfache Prinzip stehe, daß "Handeln im Wettbewerb nicht nur redlich, sondern nicht einmal unbeabsichtigt "unfair" sein darf"⁹⁵⁾. Das Fehlen einer allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Generalklausel führt für das englische Recht zu der überraschenden Feststellung Kerlys⁹⁶⁾, nach den ihm bekannten Fällen sei es zulässig, eine Marke so nahe bei einer anderen zu wählen, daß die Verkehrskreise zwar beide Marken als eigenständige erkennen, aber nicht zwischen ihnen unterscheiden. Kerly hebt allerdings hervor, daß dieses Vorgehen erheblichen Schaden verursachen und Ablehnung hervorrufen könne.

Trotz dieser - wie die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs⁹⁷⁾ zu ähnlichen Sachverhalten zeigen - sachlich berechtigten Unzulänglichkeiten und Zeichengefährdungen bietet das englische Recht keine Lösung. Eine allgemeine wettbewerbsrechtliche Generalklausel i.S. eines "tort of unfair competition" fehlt, und die vorgegebenen "actions" sind tatbestandlich nicht erfüllt.

94) In Fällen von "misrepresentation as to business" scheint sich eine großzügigere Haltung anzubahnen, vgl. Kerly, Anm.16-24, 26 m.w.N.

95) In Parker-Knoll Ltd. v. Knoll International Ltd., (1962) RPC 265, 278.

96) Kerly, Anm.16, 15, vgl. Goya Ltd. v. Gala of London Ltd., (1952) 69 RPC 188.

97) V. 4.1.1963, GRUR 1963, 423 - koffeinfrei; v. 14.4.1965, GRUR 1966, 30 - Konservenzeichen I; v. 9.7.1965, GRUR 1966, 601 - Roter Punkt; v. 23.6.1967, GRUR 1968, 37 - Maggi; v. 12.7.1967, GRUR 1968, 581 - Blunazit; v. 26.6.1968, GRUR 1969, 190 - Halazon.

Diese Lückenhaftigkeit wird zwar immer wieder beklagt⁹⁸⁾, dennoch ist letztlich ein Abweichen von den althergebrachten Grundsätzen des "passing off" nicht festzustellen, wenn auch in einigen Entscheidungen der jüngsten Zeit Begriffe wie "dishonest trading" und Verwässerung des in einem Warennamen liegenden Goodwill auftauchen⁹⁹⁾. Auch v.Westerholt, der sich in einer sachkundigen Abhandlung¹⁰⁰⁾ mit diesen auf eine Anerkennung eines allgemeinen Wettbewerbsrechts zuführenden Urteilen beschäftigt, hält eine Fortbildung des englischen Wettbewerbsrechts zur Zeit für noch nicht möglich. Zu Recht stellt er aber fest, daß jetzt, da das der "passing-off"-Regel zugrundeliegende Prinzip von der Unzulässigkeit unlauteren Wettbewerbs benannt sei, es wohl auch künftig - auch unter dem Einfluß des kontinentaleuropäischen Rechtsdenkens - an Gewicht gewinnen werde¹⁰¹⁾.

5. Zusammenfassung

Aus der historischen Entwicklung der formellen Zeichenrechtsklage als einer vereinfachten und spezialisierten Form der auf das materielle Zeichenrecht gestützten "action for passing off" ergibt sich auch ihr heutiges Verhältnis zu dieser wettbewerbsrechtlichen Klageform, auch wenn das englische Warenzeichengesetz ("Trade Marks Act 1938") inzwischen auch materiell-rechtlich erheblich von den alten Grundsätzen der "passing-off"-Rechtsprechung abweicht¹⁰²⁾. Beide Klagen dienen dem Schutz der

98) Norman S.Marsh, Unfair Competition and English Law:An Introductory Note with Particular Reference to Passing off, Supplemental Publication of the International and Compar.Law Quarterly, No.4, 1962, 67,79; Glanville L.William's Breach of Statutory Duty - Unfair Trade Competition, M.L.R.1941, 145.

99) Bollinger v. Costa Brava Wine Co.,(1960) RPC 16 und (1961) RPC 116 - Spanish Champagne; deutsch in GRUR Int.1960,449 und GRUR Int.1961,412; Vine Products Ltd.v.Mackenzie & Co., Ltd.,(1963) RPC - British Sherry;deutsch in GRUR Int.1969,58.

100) In Mitarbeiter-Festschrift f. E. Ulmer, S.381 ff.

101) V.Westerholt, a.a.O., S.394 u. 3 a.E.

102) Vgl. z.B. sec.4 Abs.1(b) von dem Kerly, Anm.1405, im Ergebnis nur sagen kann, daß er den Schutzbereich der zeichenrechtlichen Verletzungsklage erweitert, nicht aber, wie weit dieser erweiterte Schutzbereich über den Schutz gegen verletzende Benutzung der Bezeichnung als Warenzeichen hinausgeht.

Herkunftsfunktion des Zeichens. Dabei bietet die "passing off"-Klage den Vorteil der größeren Flexibilität, was die Erfordernisse an die Kennzeichnungselemente und die Benutzungsformen sowie den geschützten Warenbereich angeht. Hingegen läßt sich bei der "infringement"-Klage der sonst langwierige und kostspielige Beweis der materiellen Berechtigung durch die Eintragung erbringen.

Beiden Klagearten ist jedoch gemeinsam, daß trotz Mitberücksichtigung subjektiver Einstellungen des Täters alleiniges Kriterium für eine Schutzgewährung das Vorliegen der objektiven Verwechslungsgefahr ("calculated to deceive or cause confusion") bleibt. Für eine ergänzende Anwendung der "passing off"-Grundsätze im Vorfeld der Verwechslungsgefahr bleibt kein Raum.

III. Die Rechtslage in den USA

1. Die staatsrechtlichen Besonderheiten

Als ehemals britische Kolonie übernahmen die Vereinigten Staaten das Rechtssystem des Mutterlandes England. Dies gilt auch für das Zeichenrecht, das auf den fallrechtlich geschaffenen Grundsätzen des "Common Law" beruht¹⁰³⁾.

Doch gibt es erhebliche Unterschiede:

Im Gegensatz zu England ist der amerikanische Gesetzgeber aus traditionellen und verfassungsrechtlichen Gründen bislang nicht in der Lage, materielles Zeichenrecht zu schaffen¹⁰⁴⁾. Die ausschließliche Berechtigung zur Zeichenbenutzung ergibt sich daher aus den Grundsätzen des "Common Law". Ebenfalls abweichend

103) Vgl. statt aller: Callmann, Bd.III, § 76,1 m.w.N.; Nims, S.509 ff., 511.

104) Vgl. oben I.2, S.18; sec.8 Art.1 Cl.8 U.S.Constitution; T.M. Cases, 100 U.S. 82, 93 (1879); dazu, daß er nach neuerer Auffassung hierzu in der Lage wäre, vgl. oben, S.19 u. dort Fußn. 24a.

von England vertritt die amerikanische Rechtswissenschaft die Meinung, daß es kein bundeseinheitlich geltendes "Common Law" gibt¹⁰⁵⁾, da das Zivilrecht insoweit in die Kompetenz der einzelnen Bundesstaaten fällt. Das hat zur Folge, daß so verschiedene Warenzeichenrechtsordnungen denkbar sind, für jeden einzelnen Staat eine eigene. In der Tat aber sind alle Warenzeichen-gesetze in den Grundzügen gleichlautend, da sie sich an die "Common Law"-Grundsätze halten, wonach Zeichenrechte durch "appropriation and use" innerhalb des jeweiligen Einzelstaats entstehen¹⁰⁶⁾. Innerhalb der Einzelstaaten - und soweit diese zuständig sind - verfügt der Bundesstaat über keine Kompetenz auf dem Gebiet des "Common Law"¹⁰⁷⁾, so daß tatsächlich derjenige, der vor den Staatsgerichten den Beweis seiner Zeichenbe-rechtigung durch eine Eintragung führen will, im jeweiligen Staat auch eingetragen sein muß¹⁰⁸⁾. Dieses einzelstaatliche, poten-tiell vielgestaltige Rechtssystem¹⁰⁹⁾ wird überlagert von einem bundesstaatlichen Warenzeichenrechtssystem aufgrund des Lanham Act von 1946¹¹⁰⁾; nur von diesem mit dem Bundesgesetz ge-schützten Zeichenrecht soll im folgenden die Rede sein.

2. Das materielle Zeichenrecht entsteht allein durch "appropriation and use", maßgebend ist der Zeitpunkt der ersten markenmäßigen

105) Vgl. *Erie Railroad v. Tompkins*, 304 U.S.64 (1937); *Kellogg Comp. v. National Biscuit Comp.*, 305 U.S.111 (1938).

106) Vgl. Callmann, Bd.III, § 76, 1 m.w.N.; Nims, S.511.

107) Zum "Common Law" gehört auch das allgemeine Wettbewerbs-recht ("unfair competition") - auch dies im Gegensatz zum englischen Recht; vgl. *John Walker & Sons v. Bethea, D.C. of South Carolina*, 163 USPQ 365 (1969).

108) Vgl. die Zusammenstellung der einzelstaatlichen Trade Mark Statutes der USA; über die Schwierigkeiten eines solchen Rechtssystems berichtet Diggins, *Federal and State Regulation of Trademarks*, XIV Law and Contemporary Problems, 1949, Trademarks in Transition, S.200 ff.

109) Vgl. Diggins, Fußn.108, a.a.O., S.204/205, 207.

110) Act of July 5, 1946, 60 Stat. 427, 15 U.S.C. I 1051 (1946); in deutscher Fassung abgedruckt in Bl.f.PMZ 1947, 164.

Benutzung. Falls diese nicht nachgewiesen werden kann, gilt der Zeitpunkt der Anmeldung der Registrierung als Beginn der Benutzung¹¹¹⁾. Der Schutz dieses Zeichens hängt - entsprechend den Grundsätzen des "Common Law" - einerseits von der materiellen Gültigkeit des Zeichens in räumlicher und zeitlicher Hinsicht ab, andererseits von einem Zeichengebrauch, "which is likely to cause confusion or mistake or to deceive purchasers as to the source of origin" (sec.32 Abs.1(a) Lanham Act). In einer solchen Verletzungsklage bietet die Tatsache, daß das Zeichen - entsprechend den gesetzlichen Anforderungen im Hinblick auf die Zeichengestaltung und die Benutzungslage - eingetragen wurde, nur prozessuale Vorteile¹¹²⁾. Der Nachweis der Eintragung bedeutet einen "prima facie"-Beweis für die rechtmäßige Inhaberschaft am Zeichen und wird zum unwiderleglichen Beweis ("conclusive evidence", sec.33(b) Lanham Act) nach Ablauf von 5 Jahren unangefochtener Eintragung¹¹³⁾. Das materielle Zeichenrecht wird aber weder verstärkt, noch wird dem Zeicheninhaber eine erweiterte Rechtsmacht verliehen¹¹⁴⁾, ein positives Benutzungsrecht entsteht nicht. Das Recht an der Marke entsteht aus und wird verstärkt allein durch die Prinzipien des "Common Law"¹¹⁵⁾.

3. Trotz dieser Bindung an das englische Rechtssystem im allgemeinen besteht doch ein weiterer, erheblicher Unterschied zum Recht des Mutterlandes. In den USA hat sich der allgemeine Ober-

111) TTAB vom 8.10.1971, Abracadabra Int.Ltd. v. Abacadabra Creations, Inc., 172 USPQ 142 m.w.N.

112) Emerson Electric Mfg. Co. v. Emerson Radio & Phonograph Corp., 105 F2d 908 (C.C.A.N.Y. 1939); Dwinell-Wright Co. v. National Fruit Product Co., Inc., 129 F2d 848 (C.C.A. 1st, 1942); ständige Rechtsprechung; vgl. auch Callmann, § 76.1, S.278; § 97.3(a), S.582 ff.

113) Vgl. Bauer-Pluta, Die Unanfechtbarkeit der Marke im ausländischen Recht, GRUR Int. 1971, S.40 ff.

114) Vgl. Callmann, § 97.3, S.582 ff. m.w.N.; Nims, S.732 ff.

115) Vgl. Callmann, § 97.3(a), S.587 m.w.N.; Nims, S.730/31.

begriff eines Rechts des unlauteren Wettbewerbs ("law of unfair competition") herausgebildet¹¹⁶⁾. Die damit verbundene Loslösung vom aktionenrechtlichen Denken hin zum allgemeinen Rechtsprinzip hatte ein Doppeltes zur Folge: die Erkenntnis, daß auch das Zeichenrechtsgebiet nur ein Teil des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist¹¹⁷⁾ und eine bis heute nicht beendigte wissenschaftliche Diskussion über Gegenstand und Zweck des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb¹¹⁸⁾.

Obwohl der weitere Umfang des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb und sein anderer Ansatzpunkt allgemein anerkannt sind, beurteilen die amerikanischen Gerichte und die Literatur Sachverhalte unlauteren Wettbewerbs im Zusammenhang mit der Benutzung von Warenzeichen freilich weiterhin nach den althergebrachten Grundsätzen des "passing off"¹¹⁹⁾. Teilweise wird auch das Markenrecht als das Recht des unlauteren Wettbewerbs schlechthin bezeichnet¹²⁰⁾. Unter diesen Aspekten nimmt es nicht wunder,

-
- 116) Vgl. zur Entstehungsgeschichte von Begriff und Rechtsinstitut: Nims, S.3, S.54; Derenberg, Warenzeichen und Wettbewerb, S.48 ff., 51; Goodhart, Restatement of the Law of Torts IV (1943), A Comparison between American and English Law, 91 PA LRev. 487; Honig, The Law of Unfair Competition, 51 TMR 27 (1961); Marsh, Unfair Competition and English Law: An Introductory Note with Particular Reference to Passing-Off, 53 TMR 139 (1963)
- 117) Vgl. Safeway Stores, Inc. v. Safeway Properties, Inc., 307 F2d 495 (C.A.N.Y. 1962); Heaton Distributing Co. v. Union Tank Car Co., 387 F2d 477 (C.A.Nebr. 1967); John Walker & Sons, Ltd. v. Bethea, 305 F.Supp. 1302 (D.C.S.C. 1969); herrschende Rechtsprechung.
- 118) Vgl. Callmann, § 1, S.1; § 3, S.43; Nims, S.36, jeweils m. w.N.; weiterhin die in Fußn. 116 angeführten Autoren.
- 119) "Trademark infringement is a statutory action while unfair competition action is one developed under common law", John Walker & Sons Ltd. v. Bethea, 305 F.Supp. 1302 (D.C.S.C. 1969); Ye Olde Tavern Cheese Products, Inc. v. Planters Peanuts Div., Standard Brands, Inc., 261 F.Supp. 200 (D.C. Ill. 1966), affd. 394 F2d 833; in der Literatur vgl. Callmann, § 4.1, S.110/111 m.w.N.; Nims, S.54 ff.; Robert, The New Trade Mark Manual, 1947, S.167, 169. Handler, Pickett: Trade Marks and Trade Names - An Analysis and Synthesis, 30 Col. Law Rev. 168 ff., 200, 759 ff., 777 (1930) mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.
- 120) Vgl. Handler-Pickett, Fußn. 119 a.a.O., S.200; teilweise steht auch die einzelstaatliche Rechtsprechung auf diesem Standpunkt, vgl. das bei Nims, S.57 aufgeführte Beispiel der Rechtsprechung des Staates Illinois, Time v. Viobin, 128 F2d 860, 862 (C.C.A. 7th, 1942) hat diese Auffassung als das geltende einzelstaatliche Recht anerkannt.

wenn das Vorliegen unlauteren Wettbewerbs im Zusammenhang mit dem Gebrauch von Warenzeichen nur unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens oder Herbeiführens von Verwechslungsgefahr betrachtet wird: "Ohne Verwechslungsgefahr kein unlauterer Wettbewerb"¹²¹⁾.

Callmann dagegen tritt seit Jahren für einen Schutz von Marken nicht nur gegen Verwechslungsgefahr ein, sondern befürwortet das weitergehende Konzept eines Schutzes gegen Verwässerung des Zeichens¹²²⁾. Er betont dabei den Gedanken des "property", d.h. des wenigstens eigentumsähnlich wirkenden absoluten Schutzes einer Marke auch außerhalb eines Wettbewerbsverhältnisses und damit außerhalb einer Verwechslungsgefahr.

Einerseits wird diese Auffassung hergeleitet aus der deutschen Rechtslehre¹²³⁾, andererseits wird sie gestützt durch die berühmte Entscheidung im Fall *International News Service v. Associated Press*¹²⁴⁾. In diesem Fall löste der Supreme Court das Wettbewerbsrecht aus den engen Schranken der "passing off-action" und verurteilte den Beklagten unter Berufung auf die Verpflichtung zu "equitable relief"¹²⁵⁾ wegen "misappropriation of business value as quasi property (inverse passing off)" und dadurch begangenen unlauteren Wettbewerb. Der Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, daß eine Nachrichtenagentur die von der anderen gesammelten und herausgebrachten Nachrichten unver-

121) *Alaska Sales & Service, Inc. v. Rutledge*, 128 F.Supp.1 (D.C. 1955); *Chester Barrie, Ltd. v. Chester Laurie, Ltd.*, 189 F.Supp.98 (D.C.N.Y. 1960); *Sears, Roebuck & Co. et al. v. Allstate Driving School*, 163 USPQ 335 (D.C.E.D.N.Y. 1969); vgl. auch Oppenheim, Der unlautere Wettbewerb in der amerikanischen Rechtsprechung, GRUR Ausl. 1959, 517.

122) Vgl. Callmann, § 84.2, S.953 ff.; ders., *Unfair Competition Without Competition?* 37 TMR 175 (1947); Schechter, *The Rational Basis of Trademark Protection*, 40 Harv.L.Rev.183 (1927); Callmann, GRUR Int. 1969, 29.

123) Vgl. Schechter, Fußn. 122, a.a.O., 831.

124) 248 U.S.215 (1918).

125) Vgl. Fußn. 124, a.a.O., 215.

ändert Übernahme und - begünstigt durch den Zeitunterschied zwischen der Ost- und der Westküste der Vereinigten Staaten - als eigene veröffentlichte.

Obwohl einige Bundesstaaten in ihren Zeichengesetzen dieser Eigentumsrechts-Konzeption folgen und Maßnahmen gegen "dilution" (Verwässerung) der Marke vorsehen¹²⁶⁾, beurteilt doch die Rechtsprechung und Literatur unlauteren Wettbewerb im Zusammenhang mit Warenzeichen weit überwiegend nach den hergebrachten Grundsätzen des "passing off", verlangt also ein "common field of action" und damit ein Wettbewerbsverhältnis und Warengleichartigkeit¹²⁷⁾.

Eines ist von keiner Seite bestritten worden: die in Frage kommenden Zeichen müssen sich so ähnlich sein, daß in den beteiligten Verkehrskreisen "likelihood of confusion" (Verwechslungsgefahr) oder "mistake" (Irrtum) oder "deception as to source of goods" (Irreführung über die Warenherkunft) entstehen kann (sec.32.1(a) Lanham Act)¹²⁸⁾. Die Beurteilung erfolgt nach ähnlichen Gesichtspunkten, wie dies weltweit der Fall ist: auszugehen ist von der Marke in ihrem Gesamteindruck, nicht in ihren Einzelheiten. Der Vergleich der rivalisierenden Zeichen erfolgt in optischer, akustischer und inhaltlicher Hinsicht¹²⁹⁾.

Solange eine objektive Verwechslungsgefahr nicht gegeben ist, spielt die Willensrichtung des angeblichen Zeichenverletzers keine Rolle, denn "intent to do a wrong cannot transmute a

126) Vgl. z.B. Art.12 sec.1433o Cal.Business & Professions Code 1967; Art.24 § 368 d New York General Business Law, 1961; Chapter 140, sec.22 Illinois Stat., 1969.

127) Vgl. Nims, S.52 ff., 53, 64/65; Callmann, § 5.1, S.142 ff., 144 m.w.N.; Time Inc. v. Viobin Corp., 128 F2d 860 (C.C.A. 7th, 1942); Clairol, Inc. v. Sarann Co., Inc., 146 USPQ 726 (Pa.Ct.P.Cl. 1965).

128) Damit ist nicht nur der Fall der Zeichenverwechslung, sondern auch der Betriebsverwechslung sowie der fehlerhaften Herkunftszurechnung genauso erfaßt wie eine Täuschung im Hinblick auf Warenzusammensetzung und -qualität, vgl. Nims, S.671 m.w.N.

129) Nims statt aller, S.677 ff.

lawful into an unlawful act"¹³⁰⁾. Für das Zeichenrecht, d.h. für die auf die bundesstaatliche Zeichenregistrierung gestützte "infringement"-Klage ist heute der Grundsatz unbestritten, daß zu ihrem Erfolg der Kläger nur eine objektive Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Warenherkunft nachzuweisen hat¹³¹⁾. Die Willensrichtung des Verletzers kann höchstens das Ausmaß der Schadensersatzverpflichtung beeinflussen¹³²⁾, nicht jedoch die Feststellung der objektiven Verletzung des absoluten Zeichenrechts. Allerdings kann das feststellbare Ausmaß der Verwechslungsabsicht insofern Berücksichtigung finden, als bei Vorliegen eines Zeichenanklangs bereits Verwechslungsgefahr angenommen wird. Die Gerichte gehen hierbei davon aus, daß der böswillige Beklagte als Fachmann sich nur solcher Mittel bedient, die tatsächlich zur Irreführung über die Warenherkunft dienen¹³³⁾. Am besten läßt sich das Vorgehen des Gerichts dahin kennzeichnen, daß die Absicht des Verletzers unberücksichtigt bleibt, wo die objektive Verwechslungsgefahr offensichtlich ist, daß aber eine Verwechslungsgefahr solange nicht verneint werden kann, als die Willensrichtung des "Verletzers" nicht festgestellt ist¹³⁴⁾.

130) *Mastercrafters Clock & Radio Co. v. Vacheron & Constantin - Le Coultre Watches, Inc.*, 221 F2d 464 (C.A.N.Y. 1955); bestätigt 350 U.S.832; *Nims*, S.1082, 1105 ff. m.w.N.

131) *Nims*, S.1098 ff. m.w.N.; *Callmann*, § 86 1(a), S.1052 ff.; *Lawrence Mfg.Co. v. Tennessee Mfg.Co.*, 138 U.S.537 (1891); *Telechron, Inc. v. Telecon Corp.*, 198 F2d 903 (C.A. 3rd, 1952); *Frostie Co. v. Dr. Pepper Co.*, 341 F2d 363 (C.A. 5th, 1965); *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S.S.Kresge Co.*, 119 F2d 316 (C.C.A. 6th, 1941).

132) Die Straf- (dreifach), Wiedergutmachungs- oder Symbolcharakter haben kann, vgl. *Callmann*, § 86, 1(a), S.1053; *Armco Steel Corp. v. International Armement Corp.*, 249 F.Supp.954 (D.C.D.C. 1966).

133) Vgl. *Callmann*, § 82.2(b)(1), S.782 ff., 786, 787; *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S.S.Kresge Co.*, 119 F2d 316, 324 (C.C.A. 6th, 1941).

134) *Ambassador East, Inc. v. Orsatti, Inc.*, 257 F2d 79 (C.A. 3rd, 1958).

Dagegen ist auch heute noch nicht eindeutig geklärt, ob bei Wettbewerbsklagen eine betrügerische Absicht ("fraudulently intent") des Beklagten nachgewiesen werden muß. Der Unterschied zur Zeichenverletzungsklage ist historisch zu erklären: während eintragungsfähige - und eingetragene - Marken mit der "infringement"-Klage geschützt wurden, erfolgte dieser Schutz bei Marken, die nicht der ursprünglichen, ausschließlichen Aneignung zugänglich waren - nach heutiger Terminologie: nicht ursprünglich unterscheidungskräftig -, die aber "secondary meaning" erlangt hatten¹³⁵⁾, nach den "Common Law"-Grundsätzen der "passing off"-Klage¹³⁶⁾. Diese "unfair competition-action" erfordert aber nach amerikanischer Rechtsauffassung "fraud" als Kernpunkt der Klage¹³⁷⁾. Noch 1930 konnten Handler und Pickett¹³⁸⁾ schreiben:

"A trade-mark will be protected even against innocent infringement; a trade name, only against fraudulent simulation."¹³⁹⁾.

Von dieser Auffassung hat sich die Rechtslehre nicht völlig frei machen können, obwohl insgesamt erhebliche Wandlungen eingetreten sind. Denn wo früher für den Erfolg der "unfair competition-action" Betrug ("fraud") auf Seiten des Beklagten nachgewiesen werden mußte¹⁴⁰⁾, da wird zwar auch heute noch nach diesem Denk-

135) Vgl. die entsprechende Definition des Begriffs "trade name" in *Philco Corp. v. Phillips Mfg. Co.*, 133 F2d 663 (C.C.A. 7th, 1943).

136) Vgl. *Handler-Pickett, Trade Marks & Trade Names - An Analysis & Synthesis*, 30 Col.L.Rev. 168, 759 (1930).

137) Im Gegensatz dazu hat England den Schutz nach "passing off"-Grundsätzen objektiviert, vgl. oben S.30 ff.

138) Vgl. Fußn. 136, a.a.O., S. 168/169.

139) Vgl. dazu auch *Callmann*, § 86.1(a), S.1052 ff.; *Nims*, S.1086 ff., 1089 weist jedoch darauf hin, daß die meisten einzelstaatlichen Gerichte der englischen Rechtsauffassung folgen und - da das einzelstaatliche Recht seit *Erie Railroad v. Tompkins*, 304 U.S.64, 78 (1938) für die Bundesgerichte bindend ist - daß damit die abweichende Auffassung des Supreme Court eine Mindermeinung darstelle.

140) *Callmann*, § 86.1(a), S.1053; *Nims*, S.1086 ff.; *Elgin Watch Co. v. Illinois Watch Co.*, 179 U.S.665 (1901); *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg.Co. v. S.S.Kresge Co.*, 119 F2d 316(1941).

ansatz geurteilt, der Begriff des "fraud" wurde aber weitergehend interpretiert. Nach jetziger Auffassung zählt dazu jede Täuschung der beteiligten Verkehrskreise, auch im Sinn von Verwechslung¹⁴¹⁾. Andererseits trägt zu einer solchen Abschwächung des "fraud"-Konzepts nicht nur das Erfordernis einer Anpassung an ständig wechselnde Wirtschaftsverhältnisse bei, sondern auch die Denkansätze der liberaleren "equity"-Jurisprudenz. Denn deren Ziel ist es, "to protect private property and civil rights rather than to restrain an illegal act merely because it is illegal"¹⁴²⁾. Deswegen fragt man bei diesem Denkansatz auch nicht nach Motiven oder Willensrichtungen des Täters, sondern nach der Tat und ihren Folgen. "Solange der Schaden des Klägers gleich bleibt, spielt die Tatsache keine Rolle, daß der Beklagte gutgläubig handelte."¹⁴³⁾.

Soweit sich die Gerichte für die "unfair competition-action" dieser liberalen "Freirechtstheorie" nicht anschließen vermögen, arbeiten sie mit dem Denkmodell des "constructive fraud": die objektive Tat und ihre Folgen sprechen für die betrügerische Absicht ("fraudulent intent") des Täters, der höchst wahrscheinlich die natürlichen Folgen seiner Tat beabsichtigt haben muß¹⁴⁴⁾. Im Fall der objektiven Verwechslungsgefahr gilt diese damit als bewußt herbeigeführt, damit das Erfordernis des "fraudulent intent" als erfüllt¹⁴⁵⁾, womit dem konstruktiven Anspruch an die

141) Speedry Products, Inc. v. Dri Mark Products, Inc., 271 F2d 646 (C.A.2nd, 1959); Callmann, § 86.1(a), S.1054 f.; Nims, S.198 ff.

142) Callmann, § 86.1(a), S.1056 Fußn.89.

143) Callmann, § 86.1(a), S.1056 f.; Howard Dustless Duster Co. v. Carleton, 219 F 913, 916 (D.C.D.Conn., 1915).

144) Vgl. Nims, S.1098 ff.; National Picture Theatres v. Foundation Film Corp., 266 F 208 (C.C.A. 2nd, 1920); Central Shoe Co. v. Central Shoe Co., 58 F2d 680 (D.C.D.Mass. 1932).

145) Vgl. die Entscheidungen in Fußn. 144 und Columbus Plastic Products, Inc. v. Rona Plastic Corp., 90 USPQ 22 (D.C.S.D. N.Y. 1951); National Nu Grape Co. v. Guest, 164 F2d 874 (C.C.A. 10th 1947).

Begründung eines Verstoßes gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs Genüge getan werden kann¹⁴⁶⁾. Eine solche Konstruktion, bei der aus der Tat und dem Verhalten des Täters Beweisanzeichen für die "unfairness" entnommen werden, verliert aber mehr und mehr an Boden. Die Entwicklung ist jedoch noch nicht abgeschlossen, und bislang werden alle Meinungen vertreten¹⁴⁷⁾. In Richtung auf eine objektiv bestimmte Wertung des Wettbewerbsverstoßes bei Benutzung von verwechslungsähnlichen Zeichen deuten aber die Ausführungen des Supreme Court im Fall *Armstrong Paint & Varnish Works v. Nu-Enamel Corp.*¹⁴⁸⁾. Dort wurden noch Unterschiede in der Rechtsverfolgung bei der Verletzung eingetragener Zeichen und nicht eingetragener "trade-names" genannt. Weiter heißt es aber, daß die Tatsachen, die eine "infringement"-Klage und eine "unfair competition"-Klage rechtfertigen, genau die gleichen seien. In beiden Fällen sei das Recht auf den ausschließlichen Gebrauch des Zeichens verletzt.

Diese Anerkennung der gleichen Schutzberechtigung von registriertem und nur verkehrsbekanntem Zeichen¹⁴⁹⁾ hat sich durchgesetzt und wird dazu führen, daß das Vorliegen unlauteren Wettbewerbs im Hinblick auf eine Zeichenbenutzung nach objektiven Gesichtspunkten beurteilt werden wird. Verwechslungsgefahr zwischen zwei Zeichen ist damit auch dort Kern des Unlauterkeitsvorwurfs, wo der Verletzer böswillig handelt.

146) Vgl. Callmann, § 86.1(a), S.1056; Nims, S.1098 ff., 1106 ff.

147) Vgl. Callmann, § 86.1(a), S.1056, der hinzufügt, daß von "fraud" bereits dann gesprochen werde, wenn der Beklagte Kenntnis vom Zeichen des Klägers habe. Eine solche Kenntnis werde von sec.22 Lanham Act fingiert; vgl. auch Nims, S. 1086 ff.

148) 305 U.S. 315, 325 (1938).

149) *Standard Oil Co. v. Standard Oil Co.*, 252 F.2d 65 (C.A.Wyo 1958); *Insect-O-Lite Co. v. Hagemeyer*, 151 F.Supp. 829 (D.C.Ky 1957); *Chester Barrie, Ltd. v. Chester Laurie, Ltd.*, 189 F.Supp. 98 (D.C.N.Y. 1960); *Villager, Inc. v. Dial Shoe Co.*, 256 F.Supp.694 (D.C.Pa 1966); *Heaton Distributing Co. v. Union Tank Car Co.*, 387 F.2d 477 (C.A. Neb. 1967).

4. Zusammenfassung:

Obwohl die USA das "Common Law"-System des englischen Mutterlandes übernahm, haben sie doch bis heute noch nicht die englische Rechtsentwicklung nachvollzogen.

So beruht zwar - im Gegensatz zu Großbritannien - das Registerrecht allein auf dem materiellen Zeichenrecht; während aber ein so bestätigtes und leichter beweisbares Zeichenrecht gegen objektive Verletzung geschützt wird, muß bislang das materielle Zeichenrecht mit der - "fraudulent intent" verlangenden - "action for unfair competition" verteidigt werden. Der Einfluß der Equity-Rechtsprechung wie auch wirtschaftliche Notwendigkeit lassen allerdings den Nachweis dieses subjektiven Moments zu einem mehr konstruktiven Umweg der Entscheidungsbegründung werden, denn zu einem echten Hindernis.

Ungeachtet dieser konstruktiven Entwicklung verlangt die amerikanische Rechtsauffassung aber in jedem Fall einer unlauteren Benutzung von Zeichen das Vorliegen einer objektiven Verwechslungsgefahr zur Bejahung der "unfair competition" und führt damit zu gleichen Ergebnissen wie die englische "passing off"-Rechtsprechung. Das Vorliegen bösen Willens auf Seiten des Verletzers allein ohne Beeinträchtigung der Interessen des Zeicheninhabers genügt nicht.

3. Kapitel: Der kontinentaleuropäische Rechtskreis

A. Frankreich

I. Frankreich hat durch Gesetz vom 31.12.1964 sein Markenrecht geändert¹⁾. Damit wurde nicht nur die Markenrechtsgrundlage den wirtschaftlichen Gegebenheiten neu angepaßt²⁾, sondern auch die Frage des Zeichenerwerbs auf eine neue Grundlage gestellt.

Konnte Beier³⁾ noch als Ergebnis seiner Untersuchung festhalten, daß trotz des Grundsatzes, daß das Markeneigentum dem Erstbenutzer zustehe, die - vorhergehende oder gleichzeitige - Hinterlegung in gleicher Weise rechtsbegründend wirkte, so hat sich dies mit dem neuen Gesetz erheblich verändert.

Nach Art.4 des Gesetzes "wird das Eigentum an der Marke durch die erste Hinterlegung erworben". Damit erlangt diese konstitutive Wirkung, das Recht entsteht durch - und allein durch - die Hinterlegung. Art.4 Abs.3 des Gesetzes bestimmt hinsichtlich der Benutzung: "Die bloße Benutzung eines der in Art.1 aufgeführten Zeichen als Marke begründet keinerlei Recht für den Benutzer." Damit ist zunächst, ungeachtet aller unterschiedlicher Auffassungen über die Bedeutung dieser Regelung⁵⁾, eine Berufung auf die bloße Benutzungspriorität versagt.

Ob sich damit auch die Verteidigung von Zeichenrechten mit der allgemeinen Wettbewerbsklage des Art.1382 C.C. geändert hat,

1) Übersetzung in GRUR Ausl. 1965, 201 ff.; in Kraft getreten 1.8.1965.

2) Dies gilt z.B. für die Einführung der Dienstleistungszeichen und die Zulassung von Hörzeichen: vgl. Mathély, GRUR Abhandlg. Nr. 1, S.11 f.; Art.1 des Gesetzes vom 31.12.1964.

3) Grundfragen des französischen Markenrechts, 1962, S.82 f.

4) Vgl. Mathély, S.23.

5) Dazu s.u. S.57 ff.

ist nicht abschließend zu sagen. Somit ist doch zunächst die Regelung nach dem Markengesetz von 1857 darzustellen, denn einerseits bleiben unter diesem Gesetz entstandene Rechte nach Art.35 MarkenG von 1964 erhalten, andererseits hat die Entwicklung der Wettbewerbsklage unter dem alten Markengesetz die Entwicklung des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb in ganz Mitteleuropa geprägt⁶⁾. Auf eine Darstellung kann daher nicht verzichtet werden.

- II. Das französische Markengesetz vom 23.6.1857⁷⁾ geht von dem für die französische Rechtslehre um diese Zeit bereits selbstverständlichen Grundsatz aus, daß das Recht an der Marke demjenigen zusteht, der es sich als Mittel der Kennzeichnung seiner Waren als erster angeeignet hat. Als Akt der Aneignung wird die erste Benutzung verstanden, der die erste Hinterlegung ohne vorherige Benutzung gleichgestellt wird⁸⁾. Entsprechend dieser dogmatischen Grundlage von der Aneignung (occupation) eines Rechts⁹⁾ spricht die Rechtslehre vom Eigentumsrecht an Zeichen¹⁰⁾. Dieser eigentumsrechtliche Denkansatz - der übrigens bis heute den Begriff der "propriété industrielle" prägt - entstammt unmittelbar dem Ideengehalt der französischen Revolution und geht damit auf das Naturrecht zurück¹¹⁾. Nachdem die Revolution mit einem Streich das gesamte - auf königliche Edikte gestützte - Regalienwesen betreffend die Markenberechtigung abgeschafft hatte¹²⁾ und damit "auf eine in einigen Punkten übermäßige Reglementierung auf

6) Vgl. Beier, Grundfragen, S.28.

7) Abgedruckt in Bl.f.PMZ 1894/95, 261 ff.

8) Beier, Grundfragen, S.41 m.w.N.

9) "La propriété d'une marque appartient au premier occupant", Formulierung von Pouillet, Nr. 79.

10) So auch der französische Gesetzgeber, vgl. die deutsche Übersetzung, Bl.f.PMZ 1894/95, S.261; statt aller Pouillet, passim.

11) Vgl. Kommissionsbericht bei Pouillet, S.768: "...Le droit qu'a tout fabricant ou commerçant d'apposer sa marque ne pouvait périr, car il dérive de la nature des choses..."

12) Vgl. Pouillet, Nr.2, 3.

einen Schlag, ohne Übergang, eine schranken- und regellose Freiheit folgte"¹³⁾, schuf die erste einheitliche Markenregelung das Gesetz v. 25. Germinal des Jahres XI (15. April 1803).

Art. 16 dieses Gesetzes stellte die Markennachahmung unter Strafe und billigte dem Markeneigentümer dafür Schadensersatz zu. Zugleich wurde ausdrücklich das Recht jedes Herstellers oder Handwerkers festgestellt, sich der besonderen Markenzeichen zu bedienen. Der Gedanke, daß das Recht am Zeichen zu den natürlichen Grundrechten des Menschen gehöre, die Marke ein Zeichen der Persönlichkeit darstelle¹⁴⁾, führte zur Forderung, diesem Recht einen möglichst umfassenden Schutz zu gewähren: den der Eigentumsordnung¹⁵⁾. Demgemäß spricht das Markengesetz von 1857 vom Eigentum am Zeichen; ihm wird strafrechtlicher Schutz von Amts wegen gegen unbefugte Benutzung und Nachahmung (contrefaçon) zugebilligt¹⁶⁾.

Ein solch strenger Strafschutz erforderte weiterhin freste Tatbestandsmerkmale zur Erhaltung der Rechtsstaatlichkeit. Die Begründung des Markengesetzes von 1857 zu Art. 2¹⁷⁾ lautet daher:

"Adapter une marque, c'est se réserver propre l'emploi d'un signe ... Il est donc nécessaire de faire connaître à tous tel signe, hier dans le domaine public, est devenu maintenant une propriété particulière et exclusive... . Le dépôt est la constatation officielle de cette prise de possession, la notification au public de ce droit de propriété; il ne le crée pas, il le révèle."

Die Hinterlegung ist also ein Akt der Rechtsklarheit, erst von diesem Zeitpunkt an kann sich der Zeicheninhaber auf den Schutz des Markengesetzes berufen¹⁸⁾; vor der Hinterlegung - und im

13) Pouillet, Nr. 3.

14) Vgl. Beier, Grundfragen, S. 33; Kohler, Recht des Markenschutzes, 1884, S. 77.

15) Begründung bei Pouillet, S. 771.

16) Art. 7, 8 MarkenG v. 1857.

17) Bei Pouillet, S. 773.

18) Begründung bei Pouillet, S. 774.

Falls ihres Unterbleibens - verweist ihn der Gesetzgeber von 1857 auf den Schutz seines Markeneigentums gegen "concurrency déloyale" durch Art.1382 C.C. Ausdrücklich betont die Begründung zu Art.2 MarkenG v. 1857¹⁹⁾ die Unabhängigkeit des Eigentumsrechts an der Marke von der Hinterlegung. Dieser Auffassung sind Lehre und Rechtsprechung von Anfang an gefolgt²⁰⁾.

Damit fällt der Rechtsprechung und em zum Zivilrecht gehörenden Art.1382 C.C. unter der 108-jährigen Geltung des Markengesetzes von 1857 die Aufgabe zu, die nur benutzten und nicht eingetragenen Zeichen zu schützen²¹⁾. Art.1382 C.C. lautet:

Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

Anhand dieser Generalklausel des Schadensersatzrechts hat die Rechtsprechung in einer Vielzahl von Einzelentscheidungen Normengruppen geschaffen. Dabei subsumieren französische Gerichte den Sachverhalt nach praktischen Gesichtspunkten unter die allgemeinen Gesetzesbegriffe, ohne sich mit grundlegenden Erwägungen oder dogmatischen Erläuterungen aufzuhalten²²⁾.

III. In Frankreich ist unlauterer Wettbewerb ein "délit civil, une faute"²³⁾, also eine rechtswidrige, schuldhaftige Rechtsverletzung, die den Täter Schadensersatzansprüchen aussetzt.

Obwohl dieser Grundsatz unbestritten ist, macht die Einordnung des Hauptanwendungsfalles der Generalklausel, des unlauteren Wettbe-

19) Bei Pouillet, S.774.

20) Zuletzt Cour de Paris 31.1.1963, Ann.1963, 179 m.Anm. v. C.Hoffmann; Cour de cassation 28.3.1966, Ann.1967, 52 (LS) = JCP 1966 IV 74 (LS); aus der Lehre Plaisant-Mathély, IIC Fasc.11, Nr.3 ff.; Roubier II, Nr. 253, S.517.

21) Vgl. Saint-Gal, RIPIA 1964, 200, 208.

22) Vgl. dazu auch Kuhna, S.24 ff.

23) Saint-Gal, RIPIA 1964, 216; Ulmer-Kraßer, Nr.37, 61.

werbs, in die zivilrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen doch Schwierigkeiten²⁴⁾. Denn die Erfordernisse des fehlerhaften Verhaltens (faute), des Schadens (dommage, préjudice) und des zwischen beiden bestehenden Kausalzusammenhangs (causalité), wie sie Art.1382, 1383 C.C. aufstellt, sind nach der Dogmatik oft zu eng gefaßt, um gegen unlauteren Verhaltens wirksamen Schutz zu verleihen.

Die französische Rechtsprechung hat aber, am Einzelfall orientiert²⁵⁾, die Tatbestandsmerkmale so weit verstanden, daß sie ihr in jedem Fall die Unterdrückung unlauteren Verhaltens erlaubten²⁶⁾. So umfaßt der Begriff der "faute" im Zivilrecht sowohl die Rechtswidrigkeit als auch das Verschulden des Handelnden²⁷⁾. Dabei wird als rechtswidrig jedes Verhalten bezeichnet, das objektiv gegen geltende Rechtsnormen oder Gebräuche oder sittliche Gebote verstößt²⁸⁾, und subjektive Vorwerfbarkeit gefordert, die Vorsatz und - objektiv nach den durchschnittlichen Sorgfalts- und Einsichtsanforderungen zu bestimmende - Fahrlässigkeit umfaßt²⁹⁾.

Bei der "action en concurrence déloyale" tritt anstelle der "faute" der Begriff der Unlauterkeit, der ebenso Rechtswidrigkeit und Verschulden umfaßt und eine besondere Erscheinungsform des fehlerhaften Verhaltens ist³⁰⁾. Demgemäß ergeben sich für

24) Vgl. Kuhna, S.19 ff. m.w.N.; Ulmer-Kraßer, Nr.61, 62 m.w.N.

25) Vgl. Saint-Gal, RIPIA 1964, 217, spricht von "droit prétorien".

26) Vgl. auch Ulmer-Kraßer, Nr. 61 ff.

27) Vgl. Ulmer-Kraßer, Nr. 71.

28) Vgl. Ulmer-Kraßer, Nr.72 m.w.N.

29) Insofern ist die lange gepflegte Unterscheidung zwischen (vorsätzlicher) concurrence déloyale" und (fahrlässiger) "concurrence illicite" unerheblich; vgl. Ulmer-Kraßer, Nr.90 ff. zu den subjektiven Unrechtselementen, Nr.100; Cour de Cass. v. 29.5.1967, Gaz.Pal.1967, 2, 141 = D. 1967 Somm.110.

30) Vgl. Ulmer-Kraßer, Nr.76; Cour de Paris v.10.4.1962, Ann.62, 240.

die Literatur Probleme bei der Bestimmung der Unlauterkeit anhand des verletzten Rechtsguts oder Interesses im Wettbewerbsrecht. Das reicht von der Annahme des Mißbrauchs eines Rechts auf freie Gewerbeausübung³¹⁾ über die Annahme des unangemessenen Gebrauchs dieses Rechts³²⁾ über die Annahme der Verletzung eines Eigentumsrechts am Handelsunternehmen oder eines sonstigen Eigentumsrechts³³⁾ bis schließlich hin zur Annahme, unlauterer Wettbewerb liege dann vor, wenn eine moralisch unterstützte anständige Gepflogenheit des Handelns nicht eingehalten werde³⁴⁾.

Die Rechtsprechung stellt derlei Überlegungen im allgemeinen nicht an. Sie hält sich an die von ihr bisher aufgestellten Tatbestandsgruppen und stellt die Unlauterkeit durch Herausarbeitung des eigentlichen Handlungsgeschehens fest³⁵⁾, wobei sie sich entweder mit der allgemeinen Wendung begnügt, unerlaubt sei die Anwendung unlauterer Mittel³⁶⁾ oder irgendeine der von der Literatur gebildeten Unlauterkeitsmerkmale verwendet³⁷⁾.

Ähnlich verhält es sich mit dem Tatbestandsmerkmal des durch fehlerhaftes Verhalten entstandenen Schadens. Während nach zivil-

31) Jossierand, De l'esprit des droits et de leur relativité, 1927, 339 ff., Nr.264 ff.

32) Roubier, Bd.I, 523 ff., 527.

33) Ripert, Droit Commercial, 190 ff.

34) Mermillod, Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux Etats-Unis, 1954, 35, 37 f., 46 ff., 104 ff.; Roubier, Bd.I, 509 ff., 512, 515, 517.

35) Mermillod, Fußn.34 a.a.O., 73; zum Ganzen auch Ulmer-Kraßer, Nr.81 ff.

36) So Cour de Paris v. 10.12.1958, Ann.59, 185.

37) So z.B. Cour de Paris v.3.6.1965, Ann.66, 78 m.Anm. C.B., in der die Abspenstigmachung von Kundschaft durch Verwechslungsgefahr genant wird; Cour de Paris v. 12.10.1965, Ann.66, 32, wo das Anhängen an den Ruf eines anderen verurteilt wird; Cour de Lyon v. 1.12.1965, Ann.66, wo der Verstoß gegen die Regeln der guten Nachbarschaft, Rechtsmißbrauch und Außersachtlassen der im Geschäft anerkannten Regeln als unlauterer Wettbewerb gerügt wird.

rechtlichen Grundsätzen das Vorliegen eines Schadens erforderlich ist³⁸⁾, läßt sich im Bereich des unlauteren Wettbewerbs ein Schadenseintritt oft nicht hinreichend nachweisen³⁹⁾. Überdies ist es dem Wettbewerb immanent, notwendigerweise auf Kosten eines Konkurrenten einen Gewinn oder Vorsprung erzielen zu wollen. Zum anderen ist es dem Wettbewerber nicht zuzumuten, wegen des Erfordernisses eines aktuellen Schadens zu warten, bis sein Konkurrent die zu beanstandende Handlung vorgenommen hat. Aus diesen Gründen wird die Meinung der Überwiegenden Literatur und der Rechtsprechung, welche am Erfordernis von Schaden und Kausalzusammenhang festhalten⁴⁰⁾, auch von Roubier⁴¹⁾ und Giverdon⁴²⁾ als unzutreffend gerügt. Der Schadensnachweis dürfe nur für eine Schadensersatzklage gefordert werden, für die in Wettbewerbs-sachen Überwiegend erhobene Unterlassungsklage sei er nicht erforderlich.

Diese dogmatische Unterscheidung bleibt jedoch ohne praktische Ergebnisse, denn Rechtsprechung und Literatur gehen von einem erstaunlich weiten Begriff des Schadens aus. Als Schaden i.S. des Art.1382 C.C. wird nicht nur der materielle Schaden als Minderung von Vermögen oder Vereitelung von Vermögensmehrung verstanden, sondern auch der immaterielle Schaden, worunter jeder Nicht-Vermögensschaden fällt⁴³⁾.

38) Vgl. Ulmer-Kraßer, Nr.101 ff. m.w.N.

39) So z.B. die Schmälierung des Kundenkreises, Absatzschwierigkeit, Gewinneinbußen.

40) Pouillet, Nr.673 ff., 682; Saint-Gal, RIPIA 1964, 218; Ulmer-Kraßer, Nr.102 m.w.N.; Kuhna, S.33 ff.; aus der Rechtsprechung Le Havre v. 22.7.1936, Ann.39, 67; Paris v. 5.7.1954, D.55 II 1 m.Anm.Dupin; zuletzt Cour de Paris v. 26.2.1971, Ann.71, 33 m.Anm. v.P.M.

41) Bd.I, S.507 ff.

42) RTDC 1953, S.862, Nr.23.

43) Vgl. Ulmer-Kraßer, Nr.103 m.w.N.; Kuhna, S.34/35; Mettetal in Isay-Mettetal, S.119; Trib.Comm. Bordeaux v. 13.12.1940, D. 1941, 144.

So wird z.B. die Rufbeeinträchtigung ebenso als immaterieller Schaden angesehen⁴⁴⁾, wie die Beeinträchtigung von Kollektivinteressen bei Verbandsklagen⁴⁵⁾. Weiterhin kann die Klage nach Art.1382 C.C. auch wegen eines zukünftigen, gewissen Schadens erhoben werden⁴⁶⁾. Mit dieser letzten Auffassung vom Schadensbegriff wird nicht nur eine vorbeugende Unterlassungsklage ermöglicht, obwohl eine Wiedergutmachung noch nicht möglich ist⁴⁷⁾, sondern auch im Bereich des Kennzeichenmißbrauchs die Gefahr von Verwechslungen als ausreichend erklärt⁴⁸⁾.

GRundlegendes Erfordernis der auf die zivilrechtliche Deliktsklage gestützten "action en concurrence déloyale" ist das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung, die ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien und eine Handlung zum Wettbewerbszweck voraussetzt. Freilich hat dieses Merkmal keine eigenständige Bedeutung im Rahmen des zivilen Deliktsrechts, sondern stellt - dogmatisch gesehen - nur die Voraussetzung für die Möglichkeit eines Schadenseintritts dar. Denn nur wenn beide Parteien um den gleichen Kundenkreis bemüht sind, kann der unlautere Vorsprung des einen in der Kundengunst zu Lasten des anderen gehen⁴⁹⁾. Dies gilt besonders für die Fälle der Irreführung von Kunden durch Kennzeichenmißbrauch⁵⁰⁾. In der Praxis wird jedoch diese allgemeine Zuordnung des Wettbewerbsverhältnisses zum Schadensbegriff kaum deutlich; vielmehr erscheint in der Rechtsprechung der Begriff des "élément concurrenciel" als selbständiges Merkmal⁵¹⁾.

44) Trib.civ. Montreuil-sur-Mer v. 13.3.1915, Ann.29 II 12.

45) Z.B. Trib.comm. Lyon v. 30.7.1935, D.H. 1936, 31.

46) Vgl. Kuhna, S.35; Ulmer-Kraßer, Nr.104 m.w.N.

47) Dazu Kuhna, S.35 m.w.N.; Ulmer-Kraßer, Nr.101 m.w.N.

48) Ulmer-Kraßer, Nr.104 a.E. m.w.N.

49) Ulmer-Kraßer, Nr.69 f.

50) Vgl. schon die redakt.Anm. in D.P.1852, 2, 266, Nr.7.

51) Vgl. Saint-Gal, RIPIA 1964, S.218 m.w.N.

Begründet ist diese Behandlung durch die Tatsache, daß einmal die über hundertjährige Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht mehr Wert darauf legt, den konkreten Einzelfall sachgerecht zu entscheiden als allgemeine Grundsätze zu verkünden⁵²⁾.

Zum anderen wurden von Anfang an wettbewerbsrechtliche Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt gefällt, daß das "heilige Prinzip" der Wettbewerbsfreiheit⁵³⁾ nicht die Freiheit zum unlauteren Tun beinhaltet, ja, ohne die Einhaltung der Grenzen von gutem glauben und Redlichkeit verloren wäre⁵⁴⁾.

Beide Tendenzen führten frühzeitig dazu, daß sich aus den Entscheidungen ein eigenständiges System bildete, eben das Recht betreffend die "concurrency déloyale"⁵⁵⁾, das über die Anwendung der Art.1382, 1383 C.C. hinaus zu eigenen Grundsätzen fand und daher kaum noch auf die strikte Anwendung der zivilrechtlichen Normen angewiesen ist - weder an die Erfüllung von Förmlichkeiten noch von gesetzlichen Tatbeständen⁵⁶⁾. Auf dieser allgemeinen Grundlage bildete sich frühzeitig ein Anwendungsgebiet der Grundsätze gegen unlauteren Wettbewerb für die hier interessierenden Fälle der mißbräuchlichen Verwendung von Warenkennzeichen heraus, in denen Verwechslungen mit anderen Wettbewerbern hervorgerufen wurden.

52) Vgl. die redakt.Anm. zu Trib.comm. Versailles v.23.4.1852, D.P. 1853, 2, 163 - wo die Entscheidung gelobt wird, weil sie, ohne sich zu sehr an den Text von Gesetzen zu halten, zu sachgerechten Ergebnissen kommt.

53) Trib.comm. Versailles v. 23.4.1852, D.P. 1853, 2, 163; Dekret v. 2.3.1791, Art.7: "A compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce on d'exercer telle profession, art ou métier quelle trouvera bon; ...", abgedruckt bei Pouillet, S.7, Fußn.1 zu Nr.3.

54) Trib.comm. Versailles v. 23.4.1852, D.P. 1853, 2, 163.

55) Vgl. Ulmer-Kraßer, Nr.11 m.w.N.

56) Vgl. Ulmer-Kraßer, Nr.37 f.; ein gutes Beispiel für diese Art praktischer Rechtsprechung bieten die vier Entscheidungen, die in D.P. 1852, 2, 265 ff. abgedruckt sind.

Dabei ist unmittelbare Grundlage der Wettbewerbsklage aber nicht das Eigentum am Zeichen, das unter der Geltung des Markengesetzes vom 23.6.1857 mit der ersten zeichenmäßigen Benutzung erworben und vom Akt der Hinterlegung manifestiert wurde⁵⁷⁾, sondern die Unlauterkeit der Verletzungshandlung. Dies allerdings wird dadurch begründet, daß der Handelnde ein übereinstimmendes oder verwechslungsähnliches Zeichen unrechtmäßig im Verkehr benutzt, damit eine Verwechslungsgefahr zwischen seinen Waren oder Unternehmen und denjenigen des Klägers und damit letzterem einen Schaden zufügt⁵⁸⁾. Im Gegensatz zur zivilrechtlichen Verletzungsklage, die - ebenfalls auf Art. 1382 C.C. gestützt - zur Voraussetzung die Beeinträchtigung des durch Hinterlegung begründeten Ausschließlichkeitsrechts hat, und damit im gesamten Hoheitsgebiet des Staates erhoben werden kann⁵⁹⁾, schützt die Wettbewerbsklage, die kein Ausschließlichkeitsrecht voraussetzt, das nicht eingetragene Zeichen nur dort, wo es aufgrund Benutzung im Verkehr Geltung erlangt hat^{59a)}.

57) Wobei der jeweils frühere Akt rechtsbegründend war, vgl. Beier, Grundfragen, S.42 f. m.w.N.

58) Ulmer-Kraßer, Nr.197, 202.

59) Vgl. Joliet, GRUR Int. 1976, 10, 11 ff., 17. Hinterlegung und Erstbenutzung stehen in der rechtsbegründenden Wirkung gleich. Vgl. Beier, Grundfragen, S.70 ff.: Es genügt die einfache, zeichenmäßige Benutzung im Inland; zu dieser Konzeption der Manifestation des Eigentums bereits Cour de Lyon vom 5.6.1921, D.P. 1822, 1, 371, berichtet in der redaktionellen Anmerkung zu den Entscheidungen von Lyon, Bordeaux, Paris, s.o. Fußn. 56, a.a.O.

59a) Vgl. Ulmer, Warenzeichen, S.42; Beier, Grundfrage, S.62 ff.; Joliet, GRUR Int. 1976, 10, 11/12; Cour de Paris vom 31.12.1963, JZP 1964, II, 13709; Cour de Paris vom 28.1.1960, ann. 1960, 179; Cour de Paris vom 9.1.1960, ann. 1961, 322; Ulmer-Kraßer, Nr.202, 208, 287.

Die Wettbewerbsklage kann von Beginn der Benutzung an erhoben werden, effektiven wettbewerbsrechtlichen Schutz enthält das nur benutzte Zeichen jedoch nur nach Maßgabe der tatsächlichen Verkehrsgeltung. Die richterliche Prüfung der Verwechslungsgefahr ist um so strenger und Verwechslungsgefahr wird um so eher bejaht, je länger das angegriffene Zeichen benutzt wurde und je bekannter es ist^{59b)}.

Schon die bereits genannte Anmerkung unterstreicht - zu Recht - zwei Fakten: einmal, da die Rechtsprechung in erster Linie nur mit der Abwehr unlauterer Handlungen befaßt sei und weniger mit der Zuerkennung absoluter Rechte; und zum anderen, daß jeder Rechtsfall nach seinen jeweiligen einzelnen Umständen zu beurteilen sei⁶⁰⁾. Im Ergebnis führte unter der Geltung des Markengesetzes von 1857 die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung aber zu einem dem formellen Markenschutz gleichgestellten Rechtsschutz⁶¹⁾, da nicht nur die Begriffe der Verwechslungsgefahr gemeinsam waren, sondern auch die Markenberechtigung trotz unterschiedlicher Ausgangslage unter gleichen Gesichtspunkten beurteilt wurde⁶²⁾, oder - bei der Argumentation mit der unlauteren Ausnutzung des guten Rufs - letzterer nur da als bestehend anerkannt wurde, wo der Wettbewerber auf sich hinweisen-

59b) Vgl. Cour de Paris vom 28.1.1960, Ann.1960, 179; Ulmer, Warenzeichen, S.42 ff.; Ulmer-Kraßer, Nr.47, 202; Joliet, GRUR Int. 1976, 10, 12; Beier, Grundfragen, S.62 ff., 72, der zu Recht hinweist auf den unterschiedlichen Schutzzumfang für das - auf Benutzung begründete - hinterlegte Zeichen und das nicht hinterlegte Zeichen - das aus Erstbenutzung hergeleitete Prioritätsrecht ist im Umfang weiter als der Wettbewerbsschutz.

60) Daher argumentiert die Rechtsprechung neben dem eigentumsrechtlichen Gedanken auch mit dem Gedanken einer unlauteren Ausnutzung des guten Rufs des Mitbewerbers durch Herbeiführen von Verwechslungsgefahr; vgl. Ulmer-Kraßer, Nr.192, 202.

61) Vgl. Ulmer-Kraßer, Nr.197 m.w.N.

62) Cour de Paris v.8.7.1931, Ann.1931, 359; Cour de Paris v.5.1.1953, Ann.1953, 116; vgl. auch Ulmer-Kraßer, Nr.205 ff. m.w.N.

de Merkmale benutzt hatte. Das Erfordernis der Benutzung des Zeichens für die Begründetheit der Klage "en concurrence déloyale" führte jedoch zu einem verschiedenen Schutzzumfang: Während die hinterlegte Marke ohne Benutzung für alle bezeichneten Waren gültig blieb und im gesamten Staatsgebiet mit der "action en contrefaçon" verteidigt werden konnte, wurde der Gebrauch von nichteingetragenen Zeichen nur als unlauter erachtet, wenn und soweit aufgrund der Benutzungslage eine Gefahr von Verwechslungen der Waren oder Unternehmen zu befürchten war. Damit konnte auch eine zu große Entfernung der Kontrahenten die Möglichkeit einer Verwechslung ebenso ausschließen wie Benutzung des gleichen oder ähnlichen Zeichens für unterschiedliche Waren oder Tätigkeitsbereiche⁶³⁾. Diese Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, wie sie sich bei der Beurteilung des sachlichen und räumlichen Schutzbereichs des nur benutzten Zeichens zeigt⁶⁴⁾, gilt auch für die Beurteilung der inneren Haltung des Beklagten. Daß eine böse Absicht (mauvaise foi) zwar nicht notwendiges Bestandteil des Unlauterkeitsvorwurfs, wohl aber als ein subjektives Merkmal der Unlauterkeit neben objektiven Tatumständen berücksichtigt werden kann⁶⁵⁾, wurde schon oben gesagt⁶⁶⁾. Für die Fälle der Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr bedeutet dies, daß die Absicht der Verwechslung oder eine Rufausnutzungsabsicht, die sich aus einer erkennbaren Angleichung an das bekämpfte Zeichen, aus Nachahmung von Einzelheiten und anderen Umständen ergibt, die Schutzwürdigkeit der angegriffenen Marke in gewissem Umfang zu ersetzen vermag⁶⁷⁾. Grundsätzlich verblieb es aber bei der Forderung, daß allein das Vorliegen einer objektiven Verwechslungsgefahr ausreichend und notwendig für die Bejahung unlauteren Wettbewerbs sei⁶⁸⁾.

63) Ulmer-Kraßer, Nr. 202 m.w.N. aus der Rspr.

64) Genauer: Bei Beurteilung der Unlauterkeit einer Benutzung von verwechslungsähnlichen Zeichen.

65) Vgl. dazu Ulmer-Kraßer, Nr.90 ff., 100.

66) Vgl. oben S.50.

67) Vgl. Ulmer-Kraßer, Nr.200 m.w.N.

68) Vgl. Ulmer-Kraßer, Nr.201 ff.; Cour de Paris v.3.3.1971, Ann. 1971, 43 m.Anm. G.G.; Cour de Paris v.3.2.1956, Ann.1956, 96; Cour de Cassation v. 16.5.1961, Ann.1963, 97; Cour de Limoges v. 13.7.1961, D.1963, 322 m.Anm. Pierre Greffe; Cour de Paris v. 28.11.1958, Ann.1959, 186.

Zwischenergebnis:

Seit alters her folgte die französische Rechtssprechung und Lehre der Auffassung, daß ein Eigentumsrecht am Zeichen durch In-Besitznahme entsteht. Als solche wurden - je nach zeitlicher Priorität - erste zeichenmäßige Benutzung zu der deklaratorisch die Hinterlegung trat, oder letztere allein gewertet. Dieser Grundsatz galt für alle Kennzeichnungsmittel, sofern sie unterscheidungskräftig Hinweiswirkung entfalten konnten.

Neben dieser materiellrechtlichen Grundlage des Zeichenerwerbs entwickelte sich als Sonderform der allgemeinen Deliktsklage die wettbewerbsrechtliche "action en concurrence déloyale". In den Fällen des Mißbrauchs von Kennzeichen leitete sie den Unlauterkeitsvorwurf aus der zu Verwechslungen führenden Benutzung fremder Kennzeichen als einer Aneignung fremden Eigentums her oder begründete das Unlauterkeitsurteil aus der mit solchem Vorgehen verbundenen Rufausnutzung. Selbst bei dieser letzteren Argumentation wurden eigentumsrechtliche Gedanken verwandt, um über die Berechtigung des Klägers am Zeichenrecht und den Umfang des ihm zukommenden Rufs zu urteilen. Erforderlich ist dabei stets das Vorliegen von objektiver Verwechslungsgefahr, dabei kann eine ausgeprägte Verwechslungsabsicht aber auch dort zur Unlauterkeit der Handlung führen, wo das angegriffene Merkmal als solches nicht unterscheidungskräftig und damit schutzwürdig ist.

Die Markenverletzungsklage und die Wettbewerbsklage konnten nebeneinander erhoben werden, auch war bei Vorliegen der Verwechslungsgefahr die Erhebung der Wettbewerbsklage statt der Verletzungsklage zugelassen⁶⁹⁾.

69) Vgl. Ulmer-Kraßer, Nr.216 m.w.N.; Cour de Paris v. 21.3.1953, Ann.1953, 7, 12; JCC Fasc.III 9.

IV. Das neue Markengesetz vom 31.12.1964

Neben einigen anderen Änderungen verfahrensrechtlicher und materiellrechtlicher Art⁷⁰⁾ und Angleichung des Gesetzestextes an die bisherige Rechtsprechung brachte das neue Markengesetz vom 31.12.1964, in Kraft getreten am 1.8.1965, vor allem eine Änderung, die das gesamte französische Markenrecht auf eine völlig neue Grundlage stellte⁷¹⁾.

Art.4 Abs.I des Markengesetzes von 1964 bestimmt:

"Das Eigentum an der Marke wird durch die erste Hinterlegung erworben, die gemäß den Vorschriften dieses Gesetzes ... gültig vorgenommen wird, ..."

Zugleich heißt es im Absatz 3 des gleichen Paragraphen:

"Vorbehaltlich der in Art.35 und 36 vorgesehenen Übergangsvorschriften begründet die bloße Benutzung eines der in Art.1 aufgeführten Zeichen als Marke keinerlei Recht für den Benutzer."

Damit wurde das über 100-jährige System des französischen Markenrechts mit der Gleichwertigkeit von erster Benutzung oder erster Hinterlegung aufgegeben, um im Ergebnis dem System der konstitutiven Hinterlegung Platz zu machen. Zwar besteht die Grundidee der französischen Rechtslehre fort, daß ein Markenrecht durch Aneignung erworben wird ("appropriation"), als alleiniger Aneignungstatbestand wird aber nur noch die formell gültige Hinterlegung angesehen, nicht mehr auch die Benutzung. Der Grund für diese radikale Kehrtwendung des Zeichenrechtssystems ist wohl in der unbeschränkt möglichen Anfechtung eingetragener Marken aufgrund eines nur vorbenutzten Zeichenrechts zu sehen⁷²⁾.

70) Zu den Änderungen (10-jährige Schutzfrist für Zeicheneintragungen; Zwang zur Benutzung des Zeichens binnen 5 Jahren, Zulassung von Dienstleistungszeichen) vgl. Ulmer-Kraßer, Nr.213.

71) Mathély, S.23; Chavanne, Centénaire, 4; Saint-Gal, Protection, H 2; Ulmer-Kraßer, Nr.238.

72) Saint-Gal, Protection, 4; Chavanne, Centénaire, 6; Ulmer-Kraßer, Nr.195; Bauer-Pluta, GRUR Int.1971, 40 m.w.N.; Plaisserand, 14, vgl. auch Beier, Festschrift Ulmer, GRUR

Diese geänderte Rechtslage hat vor allem Einfluß auf die Verteidigung der materiellen, nur benutzten Marke. Zwar gewährte Art.35 des Markengesetzes von 1964 ab 1.8.1965 drei Jahre Frist für die Nachholung der Hinterlegung nur benutzter Zeichen, danach aber droht dem nur benutzten Zeichen Prioritäts- oder Rechtsverlust⁷³⁾. Damit kann der Unlauterkeitsvorwurf aus Art. 1382 C.C. bei der Verletzung eines nur auf Benutzung gestützten Zeichenrechts nicht mehr auf die Verletzung eines subjektiven Rechts am Zeichen ("droit privatif") gestützt werden, wie dies von der bisherigen Rechtsprechung überwiegend getan wurde.

Unter diesem Gesichtspunkt liegen auch bereits Urteile zur neuen Rechtslage vor, die die bloße Markenverletzung - ohne hinzutretende Unlauterkeitsmerkmale - als nicht genügend für die Bejahung der Unlauterkeit der Handlung erachten⁷⁴⁾.

In der Literatur sind die Meinungen geteilt.

So meint Chavanne⁷⁵⁾, daß sich jedermann ein Zeichen eintragen lassen könne, das wegen nicht erfolgter Hinterlegung niemandem mehr gehöre. Allerdings gelte der übergeordnete Grundsatz des "fraus omnia corrumpit", so daß eine Hinterlegung ungültig sei, wenn sie bösgläubig erfolge⁷⁶⁾. Allerdings ergibt sich für

Int. 1973, 407, 408, 410, der sich mit den Vor- und Nachteilen sowohl des zeichenrechtlichen Formalschutzes wie der wettbewerbsrechtlichen Klage rechtsvergleichend befaßt; für das Verhältnis von Ausstattungsschutz und eingetragenen Warenzeichen im deutschen Recht vgl. Beier, GRUR 1967, 628 ff.

73) Chavanne, Centénaire, 6; Trib.de grande inst.Marseille, v. 19.11.1969, JCP 1970 II, 16223, m.Anm. J.A.

74) Cour de Paris v. 18.3.1971, Ann.1971, 32; Cour de Paris v. 13.3.1971, Ann. 1971, 75; Trib.de grande instance de la Seine v. 27.5.1966, RIPIA 1967, 67, 20.

75) D. 1965 Chron. 90; ders., RTDC 1965, 394.

76) So Chavanne, in Centénaire, S.6; ders., JCP 1968, I, 2160 Nr.4; ebenso Mathély, S.27; die Rechtsprechung hat sich inzwischen dieser in der Literatur vertretenen Auffassung von der bösgläubigen Hinterlegung angeschlossen, vgl. Cour d'appel de Paris v.23.5.1972, Ann.1973, 17; Trib.grande instance de Paris v. 9.5.1975, JCP 1976, II, 18469 - Ariès = GRUR Int. 1977, 162 - Warenzeichen - Poker.

Chavanne dann die Frage, was im Zeichenrecht "böser Glaube" bedeutet. Er selbst bezweifelt, ob die schlichte Kenntnis vom Bestehen fremder Benutzungsrechte den bösen Glauben ("mauvaise foi") indiziere, ob nicht in solchen Fällen dem konstitutiven Charakter der Hinterlegung Vorrang eingeräumt werden müsse, läßt die Frage aber offen⁷⁷⁾.

Die hier angedeutete Haltung korrespondiert mit einer in der Rechtsprechung vertretenen Meinung, nach der die Nachahmung von Gegenständen, die nicht von einem subjektiven Recht ("droit privatif") geschützt werden, unter keinen Umständen rechtswidrig-schuldhaft ("faute") sei⁷⁸⁾.

Mathély dagegen⁷⁹⁾ nimmt an, daß die Regeln zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs unberührt bleiben, so daß die Nachahmung einer nur benutzten Marke nach wie vor mit der "action en concurrence déloyale" verfolgt werden könne.

Zwischen beiden Auffassungen steht die von Saint-Gal vertretene Meinung⁸⁰⁾. Danach kann die Wettbewerbsklage in zwei Fällen neben der Zeichenverletzungsklage erhoben werden:

einmal in den Fällen, in denen zur Tatsache der Markennachahmung noch weitere Handlungen entgegen der kaufmännischen Redlichkeit hinzutreten, wie z.B. in Fällen der Anschwärzung (Verleumdung = dénigrement)⁸¹⁾.

77) Für die schlichte Kenntnis fremder Kennzeichen als "böser Glaube" ("mauvaise foi") bei Hinterlegung eigener Zeichen hat sich inzwischen Mathély in der Anmerkung zum Urteil der Cour d'appel de Paris v. 23.5.1972, Ann.1973, 26, ausgesprochen; die Rechtsfolge sei Nichtigkeit der bösgläubig hinterlegten Marke. Ebenso jüngst das oben, Fußn. 76 zit. Urteil des Trib.grande instance de Paris vom 9.5.1975.

78) Cour de Paris v. 3.7.1959, Gaz.Pal.1959, 2, 299; Cour de Paris v. 3.3.1971, Ann. 1971, 47, 51.

79) Das neue französische Markenrecht, 1967, 28; ders. Ann.1965, 137; ihm folgend Joliet, GRUR Int. 1976, 10, 17.

80) Protection, W³.

81) Saint-Gal, RIPIA 1964, 200, 209.

Zum andern bejaht er die Wettbewerbsklage auch in Fällen, in denen sich zwei nur benutzte Marken gegenüberstehen; hier dient dann wohl der Besitzstand der Untermauerung der anderen wettbewerbsrechtlichen Argumente. Neuerdings hält Saint-Gal auch wieder die Wettbewerbsklage neben der Zeichenverletzungsklage für möglich, wobei die zeichenrechtliche Argumentation durch wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte verstärkt werden soll. Einzelheiten, vor allem Fragen der schuldhaft-rechtswidrigen Verurteilung eines Schadens in bezug auf benutzte Zeichen, die keinen Schutz als solche mehr erhalten, bleiben aber ungeklärt⁸²⁾.

Immerhin aber hat die Cour de Paris⁸³⁾ grundsätzlich die Möglichkeit von "concurrency déloyale" dort bejaht, wo zur Markenachahmung weitere Fakten hinzukommen. Im obigen Urteil wurde die eingetragene Marke "Lil" für eine Nachahmung der eingetragenen Marke "Jil" gehalten, da beide für Kleidung und Strickwaren verwendet wurden und in optischer und akustischer Hinsicht verwechslungsähnlich waren. Viel interessanter als diese Begründung der Zeichenverletzung ist jedoch die Begründung, mit der zusätzliche Umstände zur Bejahung unlauteren Wettbewerbs herangezogen wurden.

Die Beklagte hatte bei ihrem Zeichen "Lil" den Grundstrich des "L" verringert und es obendrein mit einer geometrischen Figur, nämlich einem Kreis, umgeben, während die Klägerin ihr Zeichen "Jil" in ein Dreieck gestellt hatte. In diesen zur Verstärkung der Ähnlichkeit und zur Erhöhung der Verwechslungsgefahr führenden Handlungen sah das Gericht die besonderen Umstände, die es zur Bejahung unlauteren Wettbewerbs benötigte.

Somit scheint sich die von Ulmer-Kraßer⁸⁴⁾ geäußerte Meinung zu bewahrheiten, wonach bei der Unlauterkeitsbeurteilung des Herbei-

82) Saint-Gal, Protection, 4. Aufl., W¹⁰.

83) Urteil v. 13.3.1971, Ann.1971, 75, 77.

84) Nr. 50, 215.

föhrens von Verwechslungsgefahr weniger auf die eigentumsmäßige Argumentation, sondern mehr auf eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls abgestellt wird. Genauere Richtlinien dafür sind aber bisher weder der Rechtsprechung⁸⁵⁾ noch den in der Literatur vertretenen Meinungen zu entnehmen⁸⁶⁾.

Festzuhalten bleibt damit vorläufig nur, daß die bisher für selbstverständlich gehaltene Alternativität von Verletzungs- und Wettbewerbsklage einer differenzierteren Betrachtung gewichen ist⁸⁷⁾. Danach wird die bloß ergänzende Funktion der Wettbewerbsklage zwar für das Zeichenrecht betont⁸⁸⁾, für das Recht der Handelsbezeichnungen ("enseigne"), Handelsnamen und Slogans bleibt es aber bei den entwickelten Grundsätzen zu Art. 1382, 1383 C.C.⁸⁹⁾. Für den Bereich des Zeichenrechts sieht Saint-Gal in der Wettbewerbsklage eine Unterstützung der "action en contrefaçon", wenn dargetan werden kann, daß der Beklagte sich nicht nur an die verletzte Marke anzunähern versuchte, sondern obendrein unlautere Mittel benutzte. Angesichts der festen Haltung der Rechtsprechung, die nach wie vor die bloß objektive Nachahmung der Marke als nicht notwendig unlauter bezeichnet⁹⁰⁾ und ohne Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Zeichen keinen unlauteren Wettbewerb sieht⁹¹⁾, bleibt die Übernahme der Theorie von der unlauteren Annäherung zweifelhaft. Dagegen liegt bereits eine

85) Abgesehen vom Fall der bösgläubigen Hinterlegung von Marken, s.o. S. 59, Fußn. 76, der insoweit in Rechtsprechung und Lehre geklärt scheint; auf die Abneigung der französischen Rechtsprechung, Grundsätze aufzustellen, wurde oben S. 49 ff. bereits hingewiesen.

86) Letztere überlassen Lösungen der Probleme begußt den Gerichten, z.B. Saint-Gal, Protection, 4. Aufl., W⁸.

87) Vgl. z.B. Saint-Gal, Protection, 4. Aufl., W¹⁰.

88) Vgl. Saint-Gal, Protection, 4. Aufl., W^{10,11}.

89) Vgl. Saint-Gal, Protection, 4. Aufl., W⁶; Plaisant, J.C.P. 1966, No. 1972; Trib.grande inst.d.Paris, v. 26.6.1970, PIBD 1970 III 329.

90) Trib.de grande inst.de la Seine v. 27.5.1966, RIPIA 1967, 20; Cour de Paris v. 18.3.1971, Ann.1971, 32.

91) Cour de Paris v. 28.11.1958, Ann. 59, 186.

Entscheidung vor⁹²⁾, in der eine Markennachahmung wegen der besonderen Umstände des Vorgehens des Nachahmenden als ein Akt unlauterer Handlung erklärt wurde.

Daß die vom französischen Gesetzgeber getroffene Regelung des Art.4 Abs.3 MarkenG v. 1964, wonach die markenmäßige Benutzung allein keinerlei Rechte verleihe, zu streng ist, wurde bereits bemängelt⁹³⁾. Dies gilt vor allem im Hinblick auf Handelsnamen und Geschäftsbezeichnungen, sowie für Zeichen, die aufgrund Verkehrsbekanntheit eintragungsfähig geworden sind. Bei letzteren würde die Zulassung der Eintragung für andere zur Täuschung des Publikums führen⁹⁴⁾.

Wie sich die Rechtsprechung zu den daraus erwachsenden Problemen stellen wird, bleibt abzuwarten. So, wie die Benutzungslage für die Vergangenheit und erworbene Rechte von Bedeutung bleibt⁹⁵⁾, so bleibt zu hoffen, daß die streng formulierte Haltung des neuen französischen Zeichengesetzes daran an die alte deutsche Haltung zur Eintragung erinnernd⁹⁶⁾, das materielle, in Verkehrsbekanntheit erwachsene Zeichenrecht nicht außer Acht läßt^{96a)}.

92) Cour de Paris v. 13.3.1971, Fußn. 83, a.a.O.

93) Plaisant, J.C.P. 1966 no. 1972, no. 24 ff.; vgl. auch Beier, Festschrift Ulmer, GRUR Int. 1973, 407, 412; Joliet, GRUR Int. 1976, 10, 17.

94) Vgl. Plaisant, Fußn. 93, a.a.O.

95) Cour de Paris v. 1.4.1966, Gaz.Pal.1966, 2, 282 m.red.Anm. = D.1967 Somm.39 m.red.Anm. = Ann. 1966, 165, wo der Vorschrift des Art. 4 Abs. III MarkenG v. 1964 die Rückwirkung versagt wurde.

96) S. dazu oben S.5 ff.

96a) Im gleichen Sinn Beier, Festschrift Ulmer, GRUR Int. 1973, 407, 417. Ein Ansatzpunkt für die zeichenrechtliche Anerkennung der Verkehrsbekanntheit findet sich im Schutz der bekannten Marke, der nach Art. 4 Abs.II des MarkenG von 1964 gegen jede Hinterlegung angerufen werden kann, die mit einer notorisch bekannten Marke i.S. des Art.6^{bis} PVÜ verwechslungsfähig ist. Dieser Schutz der Notorietät steht nicht nur Ausländern, sondern auch Inländern zu, vgl. Plaisant, J.C.P. 1966, I, 1972 Nr.30; zum ganzen vgl. Joliet, GRUR Int. 1976, 10, 15; Beier, Festschrift Ulmer, GRUR Int. 1973, 407, 413.

Dann würde zwar der Gefahr einer Publikumstäuschung vorgebeugt, abzuwarten bleibt jedoch, ob sich damit eine Entwicklung vollzöge, wie sie der deutschen Entwicklung zum Ausstattungsrecht entspricht.

Die Meinungen von Saint-Gal⁹⁷⁾ und der redaktionellen Anmerkung zum Urteil der Cour de Paris⁹⁸⁾ deuten aber darauf hin, daß auch in Frankreich die Literatur die volle Unabhängigkeit der Wettbewerbs- von der Verletzungsklage propagiert und damit über die Betonung subjektiver Unlauterkeitsmerkmale zu einem Schutz zeichenrechtlicher Tatbestände auch dort kommt, wo das Zeichenrecht selbst den Schutz versagt⁹⁹⁾.

V. Zusammenfassung

1. Unter der Geltung des Markengesetzes von 1857 galt die erstmalige Benutzung als Erwerbstatbestand des materiellen Zeichenrechts; ihr war die - sonst rein deklaratorisch wirkende - einer Benutzung vorangehende erstmalige Hinterlegung gleichgestellt.

a) Das so begründete Eigentumsrecht wurde vom Zeichengesetz unter der Bedingung der Hinterlegung strafrechtlich gegen direkte Übernahme oder täuschende Nachahmung für gleiche oder gleichartige Waren geschützt ("contrefaçon et imitation frauduleuse"). Zivilrechtlich galt dieser Tatbestand als widerrechtliche Inbesitznahme des Zeichens ("usurpation"), die zum Schadensersatz verpflichtete, ohne daß eine Verwechslungsgefahr nachzuweisen war.

97) Protection, 4. Aufl., W¹¹.

98) Vom 1.4.1966, Gaz.Pal. 1966, 2, 282, 285.

99) Vgl. dazu Saint-Gal, Protection, 4. Aufl., W¹¹, der den Schutz vor "parasitärem Wettbewerb" propagiert und diesen Tatbestand auf objektive Belästigung und subjektive Behinderungsabsicht stützt.

- b) Nicht hinterlegte Zeichen wurden - schon frühzeitig nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, später auf die Generalklausel des Art. 1382 C.C. gestützt - mit der Klage gegen unlauteren Wettbewerb ("action en concurrence déloyale") geschützt. Ausgangspunkt der Beurteilung war dabei die unlautere Handlung, die darin gesehen wurde, daß vermittels der Benutzung gleicher oder verwechselbarer Zeichen mit dem Unternehmen oder den Waren des anderen eine Verwechslungsgefahr herbeigeführt wurde. Im Gegensatz zur Zeichenverletzungsklage für hinterlegte Zeichen, bei der die Klage aus Art. 1382 C.C. Erfolg hat, wenn die Zeichenberechtigung aufgrund der Eigentumskonzeption mit der durch erste Benutzung erfolgten Aneignung festgestellt werden kann, gewährt die Klage wegen unlauteren Wettbewerbs Schutz nur dort, wo aufgrund der Benutzungslage die tatsächliche Gefahr von Verwechslungen im Verkehr gegeben ist.
 - c) Zeichenverletzungs- und Wettbewerbsklage waren unbeschränkt nebeneinander zulässig, konnten sogar alternativ erhoben werden.
2. Mit dem Inkrafttreten des Markengesetzes von 1964 wurde der Zeichenrechtserwerb auf eine neue Grundlage gestellt. Nach dem Gesetzeswortlaut wird das Eigentum an der Marke nur noch durch Hinterlegung erlangt, eine Benutzung allein verleiht keinerlei markenmäßige Rechte mehr.
- a) Während der Schutz der hinterlegten Marke im Prinzip unverändert bleibt, ergeben sich für den - mittelbaren - Schutz nur benutzter Zeichen damit erhebliche Probleme, die noch nicht endgültig gelöst sind.
 - b) Da eine Zeichenberechtigung aufgrund bloßer Benutzung nicht mehr gegeben ist, folglich damit auch kein Unlauterkeitsvorwurf begründet werden kann, haben sich mehrere Meinungen zum Schutz nur benutzter Zeichen durch die Wettbewerbsklage ergeben.

Nach einer in Rechtsprechung und -lehre vertretenen Auffassung ist bereits die Kenntnis fremder verwechselbarer Kennzeichenrechte bei Hinterlegung eigener Marken bösgläubig und verpflichtet zur Löschung.

Eine weitere Meinung tritt dafür ein, den bisherigen Anwendungsbereich der Wettbewerbsklage unverändert zu lassen, zumal die erarbeiteten Grundsätze für Handelsnamen, Geschäftsabzeichen und nicht markenfähige Bezeichnungen weitergelten.

Die dritte Meinung differenziert:

Ein Schutz nur benutzter und unter das Markengesetz fallender Zeichen gegen die Herbeiführung von Verwechslungsgefahr sei aufgrund der Wettbewerbsklage nicht möglich gegen hinterlegte, wohl aber gegen ebenfalls nur benutzte Marken. Daneben sei die Wettbewerbsklage zur Verteidigung benutzter Zeichen dort anwendbar, wo über die Herbeiführung der Verwechslungsgefahr hinaus unlautere Mittel verwendet würden oder allgemein unlautere Tatsachen vorlägen.

Welche der vorgenannten Meinungen die Billigung der Rechtsprechung finden wird, ist noch nicht abzusehen. Wohl aber wird in Zukunft die genaue Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls erforderlich sein, wobei zunehmend die Bedeutung subjektiver Unrechtselemente für die Beurteilung der Unlauterkeit betont wird.

5. Italien

I. Die zeichenrechtliche Entwicklung in Italien

1. Die zeichen- und wettbewerbsrechtliche Entwicklung Italiens ist von der Frankreichs stark beeinflusst. Denn zu den Zeiten, als sich die italienische Rechtsprechung und Lehre erstmals mit Theorie und Praxis von Marken- und Wettbewerbsrecht zu befassen hatte, verfügte Frankreich bereits über ein ausgebautes Rechtssystem, gefügt aus Einzelentscheidungen und getragen vom Gedankengut der französischen Revolution.

Es ist daher - auch aus der geschichtlichen Entwicklung Italiens her¹⁰⁰⁾ - begreiflich, daß die italienische Rechtsprechung und Literatur ihre Vorbilder und Beispiele dem französischen Rechtskreis entnahmen¹⁰¹⁾.

Vor 1854 war in Italien weder ein Recht an der Marke anerkannt noch eine gesetzliche Regelung vorgesehen¹⁰²⁾. Die einzigen gesetzlichen Tatbestände, die mit Marken in Bezug gebracht werden konnten, waren Straftatbestände, die u.a. Markennachahmungen unter Strafe stellten, sofern diese Zeichen "con approvazione del Governo", mit Zustimmung der Regierung, benutzt wurden¹⁰³⁾. Da Art und Weise der Erlangung einer solchen Zustimmung nicht ersichtlich waren, stellt sich das derart angesprochene Markenrecht als zur Art der auf Gunstbeweisen beruhenden Rechtswährung durch den Herrscher (Regalien) gehörig dar¹⁰⁴⁾.

100) Vgl. Luther, S. 21,22.

101) Näheres zu dieser Orientierung bei Franceschelli, Riv.Dir. Ind.1962 I 11 ff., 21,22; Bosio, S.20; vgl. auch Ulmer-Schricker, Nr. 1.

102) Vgl. Bosio, S. 20.

103) Vgl. Art.406 StrafG v. Sardinien v. 1839; Art.394 Codice penale v. 1859, beides abgedruckt bei Amar, S.13, Nr.11,12.

104) Vgl. Bosio, S.20, Nr.8; Amar, S.13, Nr.11,12.

2. Damit war das Markenrecht in Form, Inhalt und Dauer dem Herrscherwillen unterworfen¹⁰⁵⁾, eine Tatsache, die vom Schöpfer der neueren italienischen Markengesetzgebung, dem Grafen Cavour, als unvereinbar mit der Rechtsnatur des Zeichenrechts bezeichnet wurde¹⁰⁶⁾. Denn "die Marke, das unterscheidungskräftige Zeichen... sei ebenso natürliches Eigentum des Benutzers, wie es Geschick ("abilità), Unbescholtenheit ("illibatezza") und Kreditwürdigkeit ("credito") desjenigen Benutzers sei, der sich durch dieses Zeichen von anderen unterscheidet"¹⁰⁷⁾. Diese naturrechtliche Auffassung, in der französischen Lehre jener Zeit bereits verankert, führte folglich zur gleichen Gesetzeskonzeption: Die Eintragung des Zeichens führte nicht zur Rechtsbegründung, sondern nur zur Verstärkung eines durch Erstbenutzung erlangten Eigentumsrechts am Zeichen ("proprietà")¹⁰⁸⁾, dessen Verletzung ("contraffazione") im Wege der Zeichenrechtsklage erst nach Eintragung geltend gemacht werden konnte¹⁰⁹⁾.

II. Wettbewerbsrechtliche Entwicklung

1. Für das nur benutzte, nicht aber eingetragene Zeichen stand die Schadensersatzklage aufgrund der Generalklausel des

105) So Bosio, Fußn.104.

106) So Cavour, zitiert in einem Bericht des Abgeordneten Michellini zum Entwurf eines Markengesetzes v.5.5.1854, beides zitiert bei Bosio, S.21, Nr.8.

107) Cavour, zitiert bei Bosio, S.22, Nr.8.

108) Bosio, S.39/40, Nr.19 m.w.N. aus der Rspr.; Amar, S.197, Nr. 168; Giannini, S.55 Nr.23; Ulmer-Schricker, Nr.23.

109) Vgl. MarkenG v.30.8.1868, Bl.f.PMZ 1894/95, 237; Amar, S.197 Nr.168 statt aller; gleiches gilt im übrigen auch für die eingetragene Marke nach Art.4 MarkenG v.21.6.1942, vgl. Ulmer-Schricker, S.21 Nr.23, an der ein "absolutes, reales, exklusives" Recht besteht, während die durch effektive Benutzung entstandene tatsächliche Marke, Art.9 MarkenG v. 21.6.1942, nach Überwiegender Lehre und Rspr. innerhalb der örtlichen Grenzen der Benutzung als absolutes Recht, nach anderer Auffassung aber nur durch die Normen des unlauteren Wettbewerbs geschützt wird.

Art.1151 C.C. von 1865 zur Verfügung, die der Generalklausel des französischen Art.1382 C.C. nachgebildet war und wonach "jede Handlung eines Menschen, die anderen Schaden zufügt, denjenigen zum Schadensersatz verpflichtet, durch dessen Verschulden der Schaden eingetreten ist"¹¹⁰⁾. Aufgrund des nahezu gleichen Gesetzeswortlauts ergaben sich auch gleiche Rechtsprobleme, nämlich die der Rechtswidrigkeitsbestimmung der Handlung sowie des Verschuldens.

Da die italienische Lehre¹¹¹⁾ vom Grundsatz der Freiheit des Wettbewerbs ("libertà della concorrenza") ausging, wurden als zulässige Einschränkung nur gesetzliche oder vertragliche Grenzen¹¹²⁾ oder der Mißbrauch eines Rechts zum Schaden des Konkurrenten anerkannt¹¹³⁾. So schwierig und umstritten die theoretische Klärung dieses Rechts im einzelnen war¹¹⁴⁾, so relativ einfach gestaltete sich der Schutz im Bereich des Zeichenrechts¹¹⁵⁾. Denn hier lag mit dem vom Markengesetz von 1868 geschaffenen Schutz bereits eine gesetzliche - in Anlehnung an Frankreich - geschaffene Regelung vor, die mit der Zuweisung eines absoluten Zeichenrechts der Verhinderung unlauteren Wettbewerbs¹¹⁶⁾ diente¹¹⁷⁾. Folglich konnten Rechts-

110) Dazu Ulmer-Schricker, Nr.1 f; Franceschelli, Riv.Dir.Ind. 1962 I, 23, 24.

111) Vgl. z.B. Giannini, S.24; Amar, S.503 Nr.357; Bosio, S.565 Nr. 324.

112) So z.B. Giannini, S.24.

113) So z.B. Amar, S.503 Nr. 357.

114) Vgl. z.B. die Kritik der einzelnen Lösungsversuche bei Giannini, S.24 ff.

115) Vgl. dazu Ulmer-Schricker, Nr.1.

116) Neben dem Schutz des Zeichenberechtigten war auch der Schutz des Publikums Schutzgegenstand, vgl. Corte d'appello di Venezia v.2.7.1881, Mon.Trib.1881, 837; Corte d'appello di Milano v.2.8.1879, Mon.Trib.1880, 762.

117) Im einzelnen vgl. dazu Franceschelli, Riv.Dir.Ind.1962 I, 22.

lehre¹¹⁸⁾ und Rechtsprechung¹¹⁹⁾ die Fälle von Zeichenmißbrauch ohne weiteres als Rechtsverletzung i.S. des Art. 1151 C.C. und damit als unlauteren Wettbewerb brandmarken¹²⁰⁾, während andere Fälle unlauteren Wettbewerbs ohne feste Grundsätze in kasuistischer Weise je nach den Umständen des Einzelfalles und ohne eine genauere theoretische Untermauerung gelöst wurden¹²¹⁾. Im Laufe der Jahre erweiterte sich dieser wettbewerbsrechtliche Schutz zum Schutz vor Verwechslungsgefahr im Geschäftsleben allgemein¹²²⁾, wobei die Mittel des Herbeiführens einer solchen Gefahr teilweise für unerheblich erachtet wurden, wenn nur "Verwechslungen... durch bestimmte Machenschaften hervorgerufen werden..."¹²³⁾.

2. In dieser weiten Form der Tatbestandsfassung ist die Rechtsprechung nach vielen Gesetzgebungsvorhaben zum Gesetz geworden¹²⁴⁾. Art.2598 Nr. 1 des Codice civile von 1942 enthält unter dem Titel: "Della concorrenza sleale" (unlauterer Wettbewerb) eine ausführliche Regelung, wonach unlauteren Wettbewerb begeht,

wer Namen oder Unterscheidungszeichen benutzt, die geeignet sind, Verwechslungen mit den von anderen rechtmäßig gebrauchten Namen oder Unterscheidungszeichen herbeizuführen,

oder die Erzeugnisse eines Wettbewerbers sklavisch nachahmt,

oder mit irgendeinem anderen Mittel Handlungen begeht, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Erzeugnissen und der Tätigkeit eines Wettbewerbers herbeizuführen.

118) z.B. Amar, S.503 Nr.357; Bosio, S.569 Nr.325.

119) z.B. Corte di Cass. di Torino v. 21.6.1892, Mon.Trib.1892, 908; vgl. weiter die Beispiele bei Franceschelli, Riv.Dir. Ind. 1962 I, 24.

120) Vgl.z.B. Corte d'appello di Firenze v. 21.7.1899, Mon.Trib. 1900, 49; Franceschelli, Riv.Dir.Ind.1962 I, 29.

121) Vgl. Ulmer-Schricker, S.2 Nr. 1, S.136 Nr. 121 ff.

122) Dazu vgl. Ulmer-Schricker, S.67 Nr.63 ff. m.w.N.; Franceschelli, Riv.Dir.Ind.1962 I, 24 m.w.N., vor allem aus der älteren Rspr.

123) Vgl. Corte d'appello di Firenze v. 21.7.1899, Mon.Trib. 1900, 49, 50; Franceschelli, Riv.Dir.Ind. 1962 I, 29.

Nach Art.2598 Nr.3 C.C. begeht unlauteren Wettbewerb, wer direkt oder indirekt irgendein anderes Mittel benutzt, das mit den Grundsätzen der beruflichen Korrektheit nicht im Einklang steht und geeignet ist, das Unternehmen eines anderen zu schädigen¹²⁵⁾.

Somit bieten sich für den wettbewerbsrechtlichen Schutz des Warenzeichens in Italien zwei Möglichkeiten:

Erstens kann das Hervorrufen von Verwechslungsgefahr durch Benutzung wenigstens verwechslungsähnlicher Zeichen zur Untersagung und bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Handelnden zum Schadensersatz¹²⁶⁾ führen;

Zweitens kann der Zeichengebrauch auch ohne Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr nach Art.2598 Nr.3 C.C. als unlauterer Wettbewerb untersagt werden. Erforderlich ist hier die allgemeine Gefahr einer Schädigung und ein Verstoß gegen die berufliche Korrektheit ("correttezza professionale"). Ob eine solche Schädigung z.B. dann gegeben ist, wenn eine berühmte Marke für nicht gleichartige Waren und damit außerhalb des sonst durchgängig erforderlichen Wettbewerbsverhältnisses¹²⁷⁾ gebraucht wird, ist bisher unentschieden¹²⁸⁾.

124) Eine der Zwischenstufen führte über die innerstaatliche Rezeption, des im Jahre 1925 eingeführten Art.10^{bis} der PVÜ mit Wirkung vom 1.6.1928 als innerstaatliches Recht; zur Entwicklung der Gesetzgebung vgl. im einzelnen Franceschelli, Riv.Dir.Ind.1962 I, 15 ff., 185 ff.; Ulmer-Schricker, S.3,4, Nr.2,3; Schricker, Täuschende Werbung, S.26 ff., 28.

125) Übersetzung bei Ulmer-Schricker, S.4 Nr.4.

126) Art.2600 C.C.

127) Vgl. dazu Ulmer-Schricker, S.24 Nr.28 ff. m.w.N.

128) Ein neueres Urteil des Corte d'appello di Milano v.10.4.1964, GRUR Int.1967, 75 zieht den Gleichartigkeitsbereich der Waren bei der Verletzungsklage weiter (hier: Nähmaschinen - Waschmaschinen), andere, z.B. Corte d'appello di Milano v.19.9.1969, GRUR Int.1971, 309,319 eröffnen einen Ausweg, indem sie unlauteren Wettbewerb als unerlaubte Handlung i.S.Art.2043 C.C. beurteilen, womit ein Wettbewerbsverhältnis nicht mehr erforderlich ist; zur Anwendbarkeit des allgemeinen Deliktsrechts neben den Normen gegen den unlauteren Wettbewerb, vgl. auch Franceschelli, Riv.Dir.Ind.1952 II 82; Ulmer-Schricker, S.25 Nr. 28.

Ebenfalls nicht entschieden ist bisher, ob allgemein die objektive Annäherung an Kennzeichen von Wettbewerbern im Einzelfall, ohne daß es zu Verwechslungen führen könnte, unter die allgemeine Generalklausel des Art.2598 C.C. fällt. Dagegen wurde in einigen Entscheidungen die - ebenfalls nicht zur Verwechslungsgefahr führende - planmäßige, fortgesetzte und systematische Nachahmung von Werbeideen, Geschäftsabzeichen, Produkten und auch Warenzeichen als unlauterer Wettbewerb i.S.Art. 2598 Nr.3 C.C. unter dem Gesichtspunkt des "parasitären Wettbewerbs" verurteilt¹²⁹⁾. Bei dieser Art des Vorgehens ist aber weder der Verstoß gegen den geschäftlichen Anstand noch die Schädigungsmöglichkeit zweifelhaft¹³⁰⁾. Im allgemeinen gilt aber, daß die Sondertatbestände des Art.2598 Nr.1 und 2 C.C. Beispielsfälle der allgemeinen Generalklausel des Art.2598 Nr.3 C.C. sind¹³¹⁾. Ob sich daraus herleiten läßt, daß die Sondertatbestände dahingehend überprüft werden müssen, ob bei ihrem Vorliegen ein Verstoß gegen den beruflichen Anstand und eine Schadenseignung vorliegt¹³²⁾, oder ob die Sondertatbestände als typische Fälle der Generalklausel einen Verstoß gegen die

129) Corte di Cass. v. 17.4.1962, Riv.Dir.Ind.1962 II, 12 ff. = GRUR Int. 1964, 515 m.Anm. Schricker; Corte di Cass. v. 29.7.1963, Giust.Civ.1963 I 2004; Corte di Cass. v.24.10.1968, Riv.Prop.Ind.1969, 71; als unlauteres Verhalten neben der Annahme von Verwechslungsgefahr auch angeprangert in Corte d'appello di Torino v.27.6.1964, For.It.1964 I 1471, 1476; aus der Lehre vor allem Franceschelli, Riv. Dir.Ind.1956 I 265; ders., Riv.Dir.Ind.1959 II 261 und Riv.Dir.Ind.1972 II 12; ebenso Sordelli, For.Pad.1958 I 1486; dagegen Carnelutti, Riv.Dir.Civ.1959 I 491.

130) Vgl. Schricker in der Anm. zum Urteil der Corte di Cass. v.17.4.1962, Fußn. 129, a.a.O., GRUR Int.1964, 519.

131) Trib.di Roma v. 21.3.1960, Riv.Dir.Ind.1960 II 349, 365 m.Anm. Franceschelli; Corte d'appello di Milano v.17.11.1959, Riv.Dir.Ind.1959,220; aus der Lehre vgl. z.B. Franceschelli, Riv.Dir.Ind.1954 I 203 als Vertreter der überwiegenden Lehre; s.a. Ulmer-Schricker, S.40 Nr.39 m.w.N.

132) So z.B. Franceschelli, Riv.Dir.Ind.1954 I 203 ff.; Trib.di Roma v.8.9.1952, For.It.1953 I 866.

"correttezza professionale" (beruflicher Anstand) und eine Schandenseignung enthalten¹³³⁾, ist bisher streitig. Die Rechtsprechung, soweit sie zur Konkurrenz zwischen den Sondertatbeständen und der allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Generalklausel überhaupt Stellung nimmt, prüft jedenfalls die Erfüllung der Merkmale des Art.2598 Nr.3 C.C. nicht mehr, wenn die Sondertatbestände des Hervorrufens von Verwechslungsgefahr oder der Anschwärzung (Art.2598 Nr.1, 2 C.C.) erfüllt sind¹³⁴⁾. Das ist vor allem auf den Wortlaut der allgemeinen Generalklausel des Art.2598 Nr.3 C.C. zurückzuführen, wonach "irgendein anderes Mittel" als das der in den Nr. 1 und 2 des gleichen Artikels genannten Maßnahmen geeignet sein muß, eine Schädigung herbeizuführen. Demnach hat die Generalklausel nur ergänzende Funktion, wie dies auch im Urteil des Corte d'appello di Milano v. 17.11.1959 ausdrücklich festgestellt wird. Wenn es dort allerdings heißt¹³⁵⁾, "(die Generalklausel) könnte nur auf Sachverhalte angewendet werden, die nicht unter die speziellen Vorschriften der ersten beiden Ziffern (des Art.2598 C.C.) fielen", so heißt das nicht, daß die Anwendbarkeit der Sondertatbestände auf einen Sachverhalt die Anwendung der Generalklausel ausschließt. Vielmehr kann ein Verhalten unter mehreren Gesichtspunkten unlauter sein, womit es auch unter mehrere Tatbestände des Art.2598 fallen kann¹³⁶⁾. Dies läßt sich z.B. von denjenigen Fällen sagen, in denen sowohl die Marke eines Wettbewerbers mißbraucht

133) So z.B. Carnelutti, Riv.Dir.Civ.1959 I, 493, dieser Meinung folgend: Corte di Cass. v. 11.5.1964, Giust. Civ.1964 I, 1797, 1800; ebenso Corte d'appello di Milano v. 3.3.1959, Rass.Prop.Ind.1960, 147

134) Vgl. Trib.di Roma v. 21.3.1960, Riv.Dir.Ind. 1960 II 349, 365, 375 f. m. Anm. Franceschelli; Corte d'appello di Milano v. 17.11.1959, Riv.Prop.Int. 1959, 220.

135) A.a.O., 220 r.Sp. Mitte; gleicher Ansicht im übrigen Pellegrino, For.Pad.1954 I, 31 ff.

136) So auch Ulmer-Schricker, S.42 Nr. 40.

wird, wie auch sein sonstiges Wettbewerbsverhalten "in parasitärer Weise" nachgeahmt wird. Gleiches gilt für diejenigen Sachverhalte, in denen neben dem Zeichenmißbrauch zugleich auch eine Beschaffenheitstäuschung vorliegt. Hier wird jeweils die "parasitäre Nachahmung" oder die Beschaffenheitstäuschung als "anderes Mittel" i.S. Art.2598 Nr.3 C.C. anzusehen sein, um den Unrechtsgehalt der Handlung voll zu erfassen. Ob dagegen sonst zur objektiven Handlung hinzutretende subjektive Momente, wie z.B. Täuschungs-, Behinderungs-, Vernichtungs- oder Nachahmungsabsichten allein zur Anwendung der allgemeinen Generalklausel führen können, ist bisher nicht ausdrücklich entschieden. Zwar können solche Zielrichtungen der objektiv erlaubten Handlung bei der Würdigung des Gesamtverhaltens berücksichtigt werden¹³⁷⁾, auch kann eine Vernichtungsabsicht die erlaubte Preisunterbietung zur unlauteren Handlung machen¹³⁸⁾ oder die Schädigungsabsicht die Abwerbung von Arbeitnehmern als unlautere Handlung erscheinen lassen¹³⁹⁾.

Für den Bereich des Sondertatbestandes des Art.2598 Nr.2 C.C. (Hervorrufen von Verwechslungsgefahr) ist jedoch entschieden worden, daß es nicht zulässig sei, unter Berufung auf die Verletzung des geschäftlichen Anstands (Art.2598 Nr.3 C.C.) einen Schutz gegen Verwechslungen erreichen zu wollen, wenn die Klage nach Art.2598 Nr.1 C.C. wegen Verneinung der Verwechslungsgefahr entfällt¹⁴⁰⁾.

137) Wie dies im Urteil des Corte di Cass. v. 17.4.1962, GRUR Int.1964, 515, 516 r.Sp.u. geschah, wo das Gericht von der teleologischen Funktion des Wettbewerbs spricht; zur Beurteilung subjektiver Unrechtselemente vgl. allgemein Ulmer-Schricker, S.45 Nr.43 m.w.N.

138) Vgl. dazu Ulmer-Schricker, S.265 Nr.231 m.w.N.; Pasteris, S.26.

139) Vgl. dazu Ulmer-Schricker, S.157 Nr.143 m.w.N.; allgemein zur Berücksichtigung subjektiver Unrechtselemente Pasteris, S.26 ff. m.w.N., vor allem aus der Rspr.; dazu auch Ulmer-Schricker, S.55 Nr. 43. Die überwiegende Lehrmeinung hält allerdings nur objektive Tatumstände für unlauterkeitsbegründend, vgl. Ghidini, Riv.Dir.Civ. 1964 I, 627 f.; Marchetti, Riv.Dir.Ind.1963 II, 250 f.

140) Trib.di Milano v.18.9.1969, Mon.Trib. 1970, 58 m.Anm. Floridaia.

In diesem Fall ging es um die Nachahmung eines Werbefaltblattes für pharmazeutische Erzeugnisse. Das Gericht sah keine Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Waren oder Geschäftsbereiche, weil zwar gleiche Farben, aber in verschiedenen graphischen Gestaltungen, unterschiedlicher Druck der Produktbezeichnung und eine unterschiedliche Gestaltung der menschlichen Figur und des Inhalts des Begleittextes verwendet wurden. Die Ähnlichkeit liege nicht so sehr in den äußeren formalen Merkmalen, als vielmehr in der Anordnung des Faltblattes¹⁴¹⁾. Da die Anordnung des Inhalts eines Werbefaltblatts aber nicht zu den vom Gesetzgeber als Geisteswerken geschützten gehöre, müsse die Aneignung dieser Idee freigestellt bleiben. Das gegenteilige Ergebnis dürfe nicht durch den Rückgriff auf die Prinzipien des beruflichen Anstands ("correttezza professionale", Art. 2598 Nr. 3 C.C.) erreicht werden¹⁴²⁾. Die Wettbewerbsaufgabe der Werbemittel erlaube es nicht, sie zum Objekt eines absoluten Rechts zugunsten des Urhebers zu machen; sie müßten der Allgemeinheit frei zugänglich sein¹⁴³⁾.

3. Zu ähnlichen Ergebnissen - wenn auch aufgrund anderer Erwägungen - kommt die Praxis auch im Hinblick auf das Verhältnis von Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht.

Einhellig ist anerkannt, daß die Markenverletzungsklage nach Art. 9 des Markengesetzes vom 21.6.1942 das absolute und dingliche Recht am Zeichen schützt, wofür weder Verschulden noch ein Schadenseintritt erforderlich ist, auch bedarf es keiner Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Waren, solange nur ein gleiches oder verwechslungsfähiges Zeichen für ver-

141) Fußn. 140, a.a.O., S. 60 r.Sp.O.

142) Fußn. 140, a.a.O., S. 62 1.Sp.

143) Fußn. 140, a.a.O., S. 62.

wandte Waren verwendet wird¹⁴⁴⁾. Dieser absolute Schutz gilt für die eingetragene Marke ("marchio registrato") im gesamten Hoheitsgebiet und nach herrschender Ansicht für nicht eingetragene, durch Benutzung erlangte Marken ("marchio di fatto") im räumlichen Bereich ihrer Verkehrsbekanntheit ("notorietà")¹⁴⁵⁾. Dieser als "dinglich" bezeichneten Klage steht die "persönliche" Wettbewerbsklage unabhängig hinsichtlich Voraussetzungen und Folgen zur Seite und kann daher unabhängig oder auch wahlweise erhoben werden¹⁴⁶⁾. Denn im Gegensatz zur Markenverletzungsklage fordert die Wettbewerbsklage eine Verwechselbarkeit der Waren oder Geschäftsbereiche, Verschulden sowie einen effektiven Schaden¹⁴⁷⁾.

144) Trib.di Roma v. 21.3.1960, Riv.Dir.Ind. 1960 II, 349, 365, 373 m.Anm. Franceschelli; Pretura di Torino v.28.7.1959, Riv.Prop.Int.1959, 113; Corte di Cass.v. 25.5.1964, Giust.Civ.1964 I 2034; Corte di Cass. v.18.10.1966, Riv.Dir.Ind.1967 II, 165 m.red.Anm.; Corte di Cass. v.28.10.1967, Riv.Prop.Ind.1968, 73: nur die Markenverwechslung wird untersagt, nicht die Verwechslung der Waren. Aus der Überwiegenden Lehre vgl. statt aller: Guglielmetti, S.151 ff.; zum ganzen auch Ulmer-Schricker, S.81 Nr.77.

145) Für die herrschende Meinung: Corte di Cass. v.18.10.1966, Riv.Dir.Ind.1967 II, 165 m.re.dAnm.; Ascarelli, S.465 f.; für die Gegenmeinung, die der nicht eingetragenen Marke nur den wettbewerblichen Schutz gegen Verwechslungsgefahr nach Art.2598 Nr.1 C.C. zubilligen will: vgl. Bonasi-Benucci, Riv.Dir.Ind.1957 I, 165 ff.

146) Corte di Cass. v.29.7.1963, Rass.Prop.Ind.1963, 205; Corte di Cass. v.13.2.1965, Giust.Civ.1965 I, 1427 m.red.Anm.; Corte di Cass. v.6.5.1966, Rass.Prop.Ind.1966, 68; Corte di Cass. v.18.10.1966, Riv.Dir.Ind.1967 II, 165 m.red.Anm.; aus der Lehre vgl. statt aller: Ascarelli, S.430 ff., 477 ff.; a.A. Greco, S.469 ff., der - ebenso wie früher Amar, S.511 Nr.364 - gegen die Anwendung der Wettbewerbsgrundsätze auf reine Zeichenverletzungen ist; zum ganzen auch Ulmer-Schricker, S.81 Nr.77.

147) Trib.di Roma v.21.3.1960, Riv.Dir.Ind.1960 II, 349, 365, 373 m.Anm. Franceschelli; Corte di Cass. v.18.10.1966, Riv.Dir.Ind. 1967 II, 165 m.red.Anm.

Auf dieser Grundlage der vollen Unabhängigkeit beider Klagearten ergibt sich aber ein gemeinsames Tatbestandsmerkmal dort, wo die Verwechselbarkeit der Marken ein beiden Klagearten gemeinsames Element ist. Das liegt beim häufigsten Fall der Markenverletzung vor, die in der Benutzung nicht einer identischen, sondern einer verwechslungsfähigen Marke besteht ("imitazione", Art.11 Markengesetz von 1942). Die Benutzung einer verwechselbaren Marke ist aber auch Voraussetzung für die nach Art.2598 Nr.1 C.C. zu fordernde Verwechselbarkeit der Waren. Insoweit beruhen beide Klagen auf dem gleichen Sachverhalt¹⁴⁸⁾. Wenn daher in einem solchen Fall die Wettbewerbsklage auf die Beeinträchtigung des Zeichens gestützt wird, diese aber nach zeichenrechtlichen wie wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen zu verneinen ist, so entfällt damit als notwendige Folge auch der Vorwurf unlauteren Verhaltens¹⁴⁹⁾.

Damit ist keineswegs ausgeschlossen, daß andere Unlauterkeitsmerkmale, wie z.B. Anschwärtzung oder offene Bezugnahme, im Rahmen der Gesamtwürdigung des Verhaltens die Benutzung eines Zeichens gegenüber dem Konkurrenten unlauter sein lassen können. In diesem Rahmen kann jedoch nicht auf die Annäherung an ein fremdes Zeichen als Merkmal der Unlauterkeit angeknüpft werden. Eine "überschießende Innentendenz" in Form der klar erkennbaren Schädigungsabsicht kann allerdings unter dem von der Rechtsprechung anerkannten Gesichtspunkt des parasitären Wettbewerbs ("concorrenza parasitaria")^{149a)} zu einer Verurtei-

148) Vgl. Corte di Cass. v.16.2.1950, For.Pad.1950 I, 486,489; Corte di Cass. v.29.7.1963, Rass.Prop.Ind.1963, 205; Corte di Cass. v.13.2.1965, Giust.Civ.1965 I, 1427 m.red.Ann.; Corte di Cass. v.6.5.1966, Rass.Prop.Ind.1966, 68,71.

149) Vgl. Corte di Cass. v.29.7.1963 und v.6.5.1966, Fußn.148, jeweils a.a.O.

149a) Vgl. Corte di Cass. vom 29.7.1963, Rass.Prop.Ind.1963,205; Corte di Cass. v.24.10.1968, Riv.Prop.Ind.1969, 71; in den unteren Instanzen Corte d'appello di Milano v.16.6.1959, Riv.Prop.Int.1959, 222, 231; Corte d'appello di Torino vom 27.6.1964, For.It.1964 I, 1471.

lung aufgrund der Generalklausel des Art.2598 Nr.3 C.C. führen. Ausdrücklich wurde für den Fall der Konkurrenz zwischen dem Markengesetz von 1942 und dem Wettbewerbsrecht allerdings noch nicht entschieden, daß Schutzgrenzen des Markengesetzes vom Wettbewerbsrecht zu beachten sind.

Zusammenfassung:

- I. Das italienische Markengesetz vom 30.8.1868 hielt sich in seiner Gesamtkonzeption wie auch in den einzelnen Regelungen eng an das französische Vorbild. Die zeichenrechtliche Berechtigung entstand aus der ersten Benutzung oder der ihr gleichgestellten ersten Hinterlegung des Zeichens und erfuhr durch das Markengesetz von 1868 einen dinglichen, absoluten Schutz ("proprieta"). Mit dem Markengesetz von 1942 folgte der italienische Gesetzgeber dagegen mehr der deutschen Gesetzeskonzeption und band den dinglichen Rechtsschutz des Zeichens an die Eintragung ("marchio registrato") oder - nach überwiegender Auffassung - an die Bekanntheit im Verkehr ("marchio di fatto")¹⁵⁰⁾. An der Auffassung, daß das Zeichenrecht ein absolut wirkendes, dingliches Recht sei hat sich nichts geändert.
- II. Das italienische Wettbewerbsrecht hat sich von seinen Anfängen als Anwendungsgebiet der allgemeinen deliktischen Schadensersatzklage aus Art.1151 C.C. von 1865 relativ spät gelöst. Erst der Einfluß der internationalen Entwicklung brachte eine Änderung. Die Generalklausel des Art.10^{bis} PVÜ, durch Gesetz von 1926 in Italien rezipiert, bildete die Grundlage der Erweiterung der wettbewerbsrechtlichen Normen, wie sie in Art.2598 C.C. von 1942 ihren Niederschlag fanden.

150) Vgl. dazu Auteri, GRUR Int. 1976, 3 ff.

III. Diese späte Normierung des Wettbewerbsrechts zu einer Zeit, als Theorie und Praxis in England, Frankreich und Deutschland bereits die wichtigsten Problemkreise erkannt und diskutiert hatten, führte zur bisher klarsten gesetzlichen Regelung des Verhältnisses von Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht.

So übernimmt das Markengesetz den absoluten, dinglichen Schutz des Zeichens, während der Tätigkeitsbereich des Wettbewerbers gegen Verwechslungen der Ware oder der Tätigkeit allgemein durch den eigenen Tatbestand des Art. 2598 Ziff.1 C.C. von 1942 wettbewerbsrechtlich geschützt ist.

Neben dem Unlauterkeitstatbestand des Herbeiführens von Verwechslungsgefahr stellt das italienische Recht als Ergänzung die allgemeine wettbewerbsrechtliche Generalklausel des Art. 2598 Nr.3 C.C. von 1942 mit dem Maßstab der "correttezza professionale" (berufliche Korrektheit) zur Verfügung. Sie ist nach Überwiegender Auffassung jedoch nur dann anwendbar, wenn eine vom Tatbestand der Verwechslungsgefahr gesonderte Unlauterkeit vorliegt, nicht aber, wenn es darum geht, der unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Verwechslungsgefahr abgewiesenen Klage zum anderweitigen Erfolg zu verhelfen. Fehlt die objektive Verwechslungsgefahr, so entfällt der Vorwurf unlauteren Handelns auch dann, wenn ein subjektives Unlauterkeitselement gegeben ist, sofern seine Intensität nicht den Vorwurf des parasitären Wettbewerbs ("concorrenza parasitaria") begründet. Auf diese Weise ist dafür Sorge getragen, daß die Grenzen des markenrechtlichen Schutzes nur in besonderen Ausnahmefällen überschritten werden.

2. Teil : Der gegenwärtige Meinungsstand in Deutschland - Darstellung und Kritik

Vorbemerkung:

Im Folgenden geht es darum, zunächst die Entwicklung der Rechtsprechung des Reichsgerichts nachzuzeichnen, als deren Fortsetzung sich die heutige Rechtsprechung des BGH versteht. Dabei wird sich vor allem zeigen, wie tastend und unsicher sich anfangs Rechtsprechung und Literatur auf einem Gebiet bewegten, das zu den umstrittensten des gewerblichen Rechtsschutzes seit seinen Anfängen gehört: der Frage nach dem Verhältnis von gewerblichen Sonderschutzgebieten, wie dem Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster-, sowie dem Urheberrecht, zum Anwendungsbereich des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Es geht um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten als unlauter verboten werden kann, wenn es den Interessenkreis Dritter beeinträchtigt, die Voraussetzungen zum Vorgehen nach Sonderschutzgesetzen aber nicht gegeben sind. Für das Gebiet des Warenzeichenrechts lautet die Kernfrage daher, ob die Benutzung einer Warenbezeichnung unlauter sein kann, wenn entweder kein eingetragenes Zeichen oder keine Ausstattung vorliegt oder die benutzten Bezeichnungen nicht verwechslungsfähig sind oder die Benutzung nicht in zeichenmäßiger Weise erfolgt.

4. Kapitel: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

I. Anerkennung der Ausstattung als zeichenrechtlicher Tatbestand

Das Reichsgericht, das zunächst in streng formalistischer Weise im Warenzeichengesetz eine einheitliche und erschöpfende Regelung des gesamten Zeichenschutzes sah¹⁾, nahm die "Ent-

1) Vgl. oben 1. Kap.

wicklungshelferdienste des § 1 UWG zugunsten der im Verkehr durchgesetzten Zeichen erstmals in der "Sonnengold"-Entscheidung²⁾ in Anspruch. Es gewährt dort der älteren, im Verkehr durchgesetzten Warenbezeichnung wettbewerbsrechtlichen Schutz - da das Warenzeichenrecht "nur ein Bestandteil des Wettbewerbsrechts" sei - wegen unlauterer Ausnutzung fremder Arbeit³⁾. Später stellt das Reichsgericht fest⁴⁾, daß "Ausstattung im Sinne § 15 WZG und das (eingetragene) Warenzeichen an sich gleichartige Rechte und die Bestimmungen des WZG sinngemäß auf den Ausstattungsschutz anzuwenden sind.

Damit war, anfänglich mit Hilfe des § 1 UWG, die Entwicklung für die Anerkennung von Warenzeichen- und Ausstattungsschutz als gleichberechtigten Grundlagen des Markenrechts abgeschlossen⁵⁾. Hier, wo es erneut um die - vom BGH vollzogene - ergänzende Anwendung des § 1 UWG auf dem Gebiet des Zeichenrechts geht - allerdings nicht zur Anerkennung materiellen Zeichenrechtes, sondern um einen als notwendig empfundenen Schutzbedürfnis von Zeicheninhabern über die Grenzen des WZG hinaus gerecht zu werden - hier also erlangt die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum wettbewerbsrechtlichen Schutz vor Ausbeutung fremder Arbeit, vor sklavischer Nachahmung fremder Arbeitsergebnisse⁶⁾ besondere Bedeutung.

1. Schon im "Schallplatten"-Urteil des RG⁷⁾ fallen zur ergänzenden Anwendung des § 1 UWG auf dem Gebiet der Sonderschutzrechte Formulierungen, die sich in der späteren Rechtsprechung wiederfinden.

2) RG v. 30.4.1928, GRUR 1928, 599.

3) RG v. 30.4.1928, Fußn. 2, a.a.O., 600.

4) RG vom 26.5.1933, GRUR 1933, 647, 650 - White Spot.

5) Vgl. Beier, GRUR 1967, 628, 629 ff. m.w.N.

6) Vgl. dazu den umfassenden Bericht über die Entwicklung der Rechtsprechung bei Nerreter, GRUR 1957, 408.

7) RG v. 7.4.1910, RGZ 73, 294: Das RG gewährte im Vorgriff auf die bald danach erfolgte Reform des LUG einen wettbewerbsrechtlichen Schutz gegen das Nachpressen von Schallplatten.

So stellt das RG fest⁸⁾, daß zwar die bloße Nachahmung - ohne das Hinzutreten besonderer Umstände - keinen Verstoß gegen die guten Sitten darstelle, die besonderen Umstände des vorliegenden Falls allerdings das Handeln der Beklagten sittenwidrig machten. Denn die Beklagten hätten sich nicht etwa das Verfahren der Klägerin zur Herstellung von Platten angeeignet, sondern benutzten die fertige Arbeitsleistung, das Ergebnis erheblicher Mühen und Kosten, um der Klägerin Konkurrenz zu machen. Ein solches Bekämpfen der Klägerin mit ihren eigenen Waffen zu Erwerbszwecken verstoße gegen die guten Sitten. Eine Anwendung der Grundsätze zum Schutz gegen illoyale Handlungen im Verkehrsleben sei allerdings dort ausgeschlossen, wo das Sondergesetz absichtlich und ausdrücklich einen Schutz für einen gewissen Tatbestand ausschließe; letzterer dürfe dann unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten nicht anders betrachtet werden⁹⁾.

Mit diesen Bemerkungen sind bereits in den Grundzügen alle diejenigen Ansatzpunkte aufgezeigt, von denen aus sich in der Folge die Lösungsversuche zum Problem des Verhältnisses von Sonderschutz und Wettbewerbsrecht bewegen. In einem weiteren Urteil vom 28.11.1911¹⁰⁾ wurde die Nachbildung einer Dose als Verstoß gegen die guten Sitten gewertet, da das Bewußtsein der Nachahmung den unmittelbaren Vorsatz der Täuschung ergebe. Die Erlangung eines gewerblichen Vorteils auf Kosten des Konkurrenten durch Täuschung der Abnehmer verstoße gegen die guten Sitten i.S. § 1 UWG, jedoch wurde die Klage zur Feststellung der Kennzeichnungskraft des nachgeahmten Deckelbildes an die Vorinstanz zurückgewiesen.

8) RG v.7.4.1910, Fußn.6, a.a.O., 296 ff.

9) Daß das RG eben dieses hier getan habe, rügt Osterrieth, GRUR 1925, 131, 140. Zur unmittelbaren Leistungsübernahme als Unlauterkeitsmerkmal vgl. Luchterhand, GRUR 1969, 581 m.w.N.

10) RGZ 77, 431, 433 - Deckelbild.

Die nächste Entscheidung - gleichfalls zur Frage von Ausstattungsschutz und unlauterem Wettbewerb - verneinte allerdings einen Wettbewerbsverstoß, weil es an einer objektiven Verwechslungsgefahr hinsichtlich der beanstandeten Etiketten und Aufmachungen fehle; dies, obwohl die Klägerin mit der Revision bereits recht "modern" argumentiert hatte. Denn, so meinte sie, schon in der bewußten Nachahmung einer verkehrsbekannten Ausstattung liege ein Sittenverstoß, da eine Beeinträchtigung der Erwerbstätigkeit auch dann gegeben sei, wenn eine Verwechslungsgefahr nicht bestehe, der Konkurrent insofern "den Klippen des Gesetzes ausgewichen sei"¹¹⁾. Das RG lehnte die Argumentation jedoch mit dem Hinweis ab, nicht die Täuschungsabsicht allein genüge, sondern zu ihr müsse noch die objektive Verwechslungsgefahr treten. Nur eine Handlung, die objektiv - wie sie in Erscheinung trete - das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden verletze, verstoße gegen die guten Sitten. Es komme nur auf den unerlaubten Erfolg, nicht auf die bloße Absicht des Handelnden an¹²⁾.

Auf diese Urteile stützte dann das RG seine berühmte "Käthe-Kruse-Puppen"-Entscheidung¹³⁾, in der es der Beklagten vorwarf, sie mache sich die Gedanken, die Arbeit und das mit Mühe und Kosten errungene Arbeitsergebnis der Klägerin zunutze und verstoße damit gegen die guten Sitten, indem sie Puppen herstelle und vertreibe, die den älteren Käthe-Kruse-Puppen nach ihrem Gesamteindruck verwechselbar ähnlich seien. Auf das Argument der Vorinstanz, "daß keine unzulässige Nachahmung der einzelnen Erzeugnisse vorliege und Kunstschutz für einen Typus nicht auf dem Umweg über das Wettbewerbsgesetz eingeführt werden könne", ging es nicht ein. Denn da die Klägerin aus dem

11) RG v.18.6.1912, RGZ 79, 415, 416 - Kognakflasche. Die gleiche Argumentation taucht zu Lasten des "bewußten Nachahmers" in der Rechtsprechung des BGH wieder auf, vgl. BGH v.12.1.1952, GRUR 1952, 516, 520 - Hummel I; v.Falck, Anm. zum "Centra"-Urteil, GRUR 1966, 44 1.Sp.

12) RG v. 18.6.1912, Fußn.11, a.a.O., 418.

13) RG v. 11.7.1925, RGZ 111, 254.

Rechtsgrund des unlauteren Wettbewerbs völlig obsiege, könne die Entscheidung über den Kunstschutz dahingestellt bleiben¹⁴⁾.

Dieses völlige Außer-Acht-Lassen des in erster Linie zum Schutz berufenen Sonderrechtsgebietes - hier handelt es sich um das KUG vom 9.1.1907 - erregte erklärlicherweise die Gemüter der Rechtslehre heftig¹⁵⁾. Sie verlangte vor allem für technische Arbeitsergebnisse eine andere Beurteilung, da sonst einerseits jeglicher Patent- und Gebrauchsmusterschutz überflüssig werde, andererseits der auf Nachahmung des Guten beruhende Fortschritt unterbunden würde¹⁶⁾.

Ungeachtet der so geltend gemachten Bedenken der Lehre entschied das RG im "Puppenjungen"-Urteil erneut, daß bei Verwechselbarkeit der jeweiligen Puppenfiguren dem Beklagten ein Verstoß gegen § 1 UWG vorgeworfen werden müsse. Dieser liege darin, daß er sich "das mit Mühe und Kosten errungene Arbeitsergebnis eines anderen wettbewerbsmäßig, also zum Nachteil dessen, dem billigerweise die Früchte davon zukommen müßten, angeeignet" habe¹⁷⁾. Zum Konkurrenzverhältnis des Wettbewerbsrechts zum Kunstschutz, den das Gericht im Übrigen verneint, meint es, eine Verurteilung nach § 1 UWG komme auch dann in Betracht, wenn eine Schutzmöglichkeit nach dem Geschmacksmustergesetz bestanden hätte, jedoch nicht benutzt worden wäre. Denn auch unter dem Gesichtspunkt, daß das Sonderrecht die Anwendung der ergänzenden Vorschriften des Wettbewerbsgesetzes ausdrücklich oder sinngemäß ausschließe, könne keine andere Beurteilung eintreten, denn - so ohne weitere Begründung - "im vorliegenden Fall kommt eine solche Ausschließung nicht in Betracht"¹⁸⁾.

14) RG v.11.7.1925, Fußn.13, a.a.O., 257.

15) Zur Diskussion der 30 iger Jahre vgl. Nerretter, GRUR 1957, 408, 409 m.w.N.

16) Vgl. Osterrieth, GRUR 1925, 131; Seligsohn, GRUR 1926, 240; Isay, GRUR 1928, 71.

17) RG v.30.10.1926, RGZ 115, 180, 183.

18) RG v.30.10.1926, Fußn.17, a.a.O., 184.

2. Nachdem das RG in einer Entscheidung vom 17.11.1927¹⁹⁾ die bisher angewandten Grundsätze als Ausnahmefälle bezeichnet hatte, präzisierete es in einer Entscheidung vom 31.1.1928²⁰⁾, wann es einen solchen Ausschluß für gegeben hielt.

Ausgehend von dem Grundsatz, daß eine schrankenlose Ausnutzung fremder Gedanken und Arbeiten auch außerhalb des Gebietes der gewerblichen Schutzrechte nicht schlechthin zulässig sei, heißt es dort:²¹⁾

"Neben den besonderen Vorschriften der gewerblichen Schutzgesetze stehen ergänzend die des allgemeinen bürgerlichen Rechts und die des Wettbewerbsgesetzes. Das hat der erkennende Senat schon häufig ausgesprochen für das Warenzeichenrecht, das er nur als einen Ausschnitt aus dem Wettbewerbsrecht für das Gebiet der Warenbezeichnungen betrachtet. Das kann zur Folge haben, daß eine Warenzeichnung auch nach Ablauf der Zeitdauer des formalen Zeichenschutzes oder schon vor ihrer Eintragung nach Wettbewerbsgrundsätzen ... Schutz gegen Nachahmung genießt. Nur soweit das Sonderrecht der gewerblichen Schutzrechte die Anwendung jener ergänzenden Vorschriften ausdrücklich oder sinngemäß ausschließt, muß sie unterbleiben."

Anschließend legt das RG dann dar, daß ein solcher Ausschluß zwar für technische Schöpfungen in Frage komme, da sie für die Allgemeinheit wertvoll seien und ihr nicht über die gesetzliche Frist von Patent- und Gebrauchsmustergesetz hinaus vorenthalten werden dürften, daß aber auf dem Gebiet des Ästhetischen ein solches öffentliches Interesse am freien Zugang nicht bestehe, somit das Geschmacksmustergesetz kein Hindernis für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Grundsätze

19) MuW Bd.XXVII, 1927/28, 217 - Blumenvasen.

20) RGZ 120, 94 - Huthaken. Die Entscheidung erregte deswegen Aufsehen, weil sie erstmals versuchte, klare Grenzen zwischen den Anwendungsgebieten des § 1 UWG und den Sonderrechten zu ziehen. Ihre Unterscheidung von technischen und ästhetischen (nicht-technischen) Erzeugnissen hält sich bis in unsere Tage, vgl. Neuhaus, Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Nachahmung im Wettbewerb, Diss.1958, 29 ff.

21) RG v.31.1.1928, Fußn.20, a.a.O., 97.

sei. Deswegen sei es auch unerheblich, ob ein Geschmacksmusterschutz abgelaufen sei oder ob die Möglichkeit eines solchen Schutzes gegeben sei, ohne daß der Berechtigte ihn erwirkt habe. Die Nachbildung eines derart geschützt gewesenen oder geschmacksmusterschutzfähigen, aber nicht geschützten Gegenstandes sei daher unter dem Gesichtspunkt der Unzulässigkeit wettbewerbsmäßiger Aneignung eines mit Mühe und Kosten errungenen Arbeitsergebnisses unlauter, vorausgesetzt, der Gegenstand besitze Verkehrsgeltung²²⁾. Isay, der das "Huthaken"-Urteil kritisch besprochen hat²³⁾, rügt neben der Unterscheidung zwischen technischen und ästhetischen Schöpfungen an dieser Auffassung zu Recht die Verschwommenheit der Argumentation. Wenn man, so sagt er, mit dem Reichsgericht davon ausgehe, daß es unsittlich sei, das mit Mühe und Kosten errungene Arbeitsergebnis eines anderen sich anzueignen, so bestehe diese Unsittlichkeit - ganz gleich, ob der andere erst anfangen wolle, die Früchte seiner Arbeit zu ernten oder ob bereits geschäftliche Erfolge erzielt seien; des Merkmals der Verkehrsgeltung bedürfe es daher nicht. Im übrigen sei dann der Ausstattungsschutz nach (dem damaligen) § 15 WZG gegeben, so daß der Rückgriff auf § 1 UWG nicht erforderlich sei. Wenn aber das mit Mühe und Kosten errungene Arbeitsergebnis schlechthin formlos und ohne zeitliche Beschränkung gegen Ausnützung durch Dritte geschützt sei, so bedürfe es weder einer Anmeldung von Patenten, Gebrauchsmustern und Geschmacksmustern, noch komme es auf die Voraussetzungen des geistigen und künstlerischen Eigentums an und alle in diesen Gesetzen gezogenen sachlichen und zeitlichen Grenzen verlören ihren Sinn. Der Satz von der Unsittlichkeit der Ausnützung fremder Arbeit müsse daher fallen gelassen werden²⁴⁾.

22) RG v.31.1.1928, Fußn.20, a.a.O., 98/99.

23) GRUR 1928, 421; weitere Nachweise bei Nerreter, GRUR 1957, 408 m.w.N.

24) Isay, Fußn.23, a.a.O., 426; ders., Die Gefährdung des gewerblichen Rechtsschutzes durch § 1 UWG, GRUR 1928, 71.

Unter dem Eindruck dieser Kritik schwächte das RG dann auch seine Auffassung ab und betonte den Ausnahmecharakter jener Grundsätze des "Käthe-Kruse-Puppen"-Urteils²⁵⁾, erklärte die allgemeine Begründung von der Unlauterkeit der Aneignung und Ausbeutung fremder Arbeit und Aufwendungen für unzureichend und forderte eine genaue Darlegung der besonderen Umstände, in denen die Sittenwidrigkeit der Nachahmung gesehen wurde²⁶⁾. In Anlehnung an die gesetzliche Formulierung des § 15 WZG wurde als Zeichen der Sittenwidrigkeit Verwechslungsgefahr und Täuschungsabsicht verlangt²⁷⁾, womit die Nachahmung dann unlauter ist, wenn der Verkehr über die Herkunft der Ware getäuscht wird. Das setzt die Eignung der nachgeahmten Gegenstände voraus, Herkunftsvorstellungen zu erwecken, kennzeichnungskräftig zu sein. Auf diese Art und Weise läßt sich sowohl die massenhaft hergestellte gewöhnliche Dutzendware vom wettbewerbsrechtlichen Schutz als nicht schutzwürdig ausnehmen²⁸⁾, als auch technisch-konstruktiv bedingte Gestaltungen als schlechthin nicht anders gestaltbar und damit "freihaltebedürftig"²⁹⁾. Die bloße Täuschungsabsicht allein genügt nicht³⁰⁾.

25) RG v.13.2.1929, GRUR 1929, 483 - Spielzeugsignalscheibe.

26) RG v.12.12.1928, GRUR 1929, 257 - Gebrauchsanweisung; so schon vorher RG v.15.12.1909, GRUR 1910, 86, 87.

27) RG v.16.9.1930, 1127 - Electrolux; RG v.1.12.1931, GRUR 1932, 317 - Lichtpausmaschine.

28) RG v.13.2.1929, Fußn.25, a.a.O. - Spielzeugsignalscheibe; RG v.6.1.1931, GRUR 1931, 294 - Manschettenknöpfe.

29) OLG Karlsruhe v.29.5.1929, GRUR 1930, 292 - Schnellwaagen; KG v.19.11.1931, GRUR 1932, 311 - Thermosflaschen.

30) RG v.8.6.1928, MuW Bd.27, 1927/28, 489 - Küchenwunder.

II. Weiterführung der RG-Rechtsprechung

1. Die Weiterführung der Rechtsprechung zur unlauteren Nachahmung bringt mit dem "Kranzblumen"-Urteil³¹⁾ eine Erweiterung der Argumentation. Das Reichsgericht gibt nämlich zu bedenken, ob nicht auch ohne Verwechslungsgefahr ein Sittenverstoß vorliegen kann, den es neben der Herbeiführung der Verwechslungsgefahr oder anderer irreführender Vorstellungen³²⁾ in einer ungerechtfertigten und beabsichtigten Bereicherung oder in der Erschleichung der Ausnutzung sieht³³⁾. Daß zumindest das Merkmal der ungerechtfertigten Bereicherung, von Callmann propagiert³⁴⁾, nicht weiterhelfen konnte, hatte schon Isay³⁵⁾ klar erkannt. Auch das Unlauterkeitsmerkmal der Preisunterbietung, im Kranzblumen-Urteil noch vom RG als beachtenswert erwähnt, verfällt bald darauf als wettbewerbskonform der Ablehnung³⁶⁾. Zur Nachahmung als solcher bemerkt das RG bloß nebenher, daß es grundsätzlich jedem Gewerbetreibenden gestattet sei, fremde Arbeit und deren Ergebnisse auszunutzen, die mit Mühen, Zeit- und Kostenaufwand errungen seien³⁷⁾. Dies verstoße nur unter den oben genannten "gewissen" Umständen gegen die guten Sitten, dies auch dann, wenn kein Ausschlußrecht verletzt sei.

31) RG v.19.3.1932, RGZ 135, 395.

32) Wobei die Täuschung über eine Gütevorstellung gemeint sein dürfte, vgl. Nerreter, GRUR 1957, 412.

33) RG v.19.3.1932, Fußn.31, a.a.O., 394/395.

34) Der unlautere Wettbewerb, 1929, 116, Anm.48; ders. Sittenwidrige Ausbeutung fremder Arbeit, GRUR 1928, 251.

35) In GRUR 1928, 421, 426.

36) RG v.23.2.1934, GRUR 1934, 370 - Hosenträger; gleiches gilt für den zur Begründung der Sittenwidrigkeit herangezogenen Vorwurf des Eindringens in fremden Kundenkreis, vgl. RG v.9.4.1937, GRUR 1938, 68 - Petit-Point.

37) RG v.19.3.1932, RGZ 135, 385, 394 - Kranzblumen.

2. Daß diese Rechtsprechung aber bei weitem noch nicht gefestigt ist, beweist das "Makkaroni-Packungs"-Urteil³⁸⁾. Dort führt das Gericht, nachdem es einen Ausstattungsschutz nach § 15 WZG an der Makkaroni-Verpackung abgelehnt und eine Verwechslungsgefahr verneint hatte, aus:

"Unlauterer Wettbewerb kann nun auch in anderer Weise als durch Irreführung des Publikums begangen werden, insbesondere dadurch, daß der - unter Aufwendung von Mühen und Kosten erlangte - gute Ruf der Ware des Mitbewerbers zur Empfehlung der eigenen Ware ausgebeutet, die fremde gewerbliche Leistung als Mittel der Werbung für die eigene Leistung verwendet wird."

Zur Begründung heißt es, es widerspreche den Anforderungen des anständigen Geschäftsverkehrs, sich das mit Mühen und Kosten errungene Arbeitsergebnis eines anderen wettbewerbsmäßig, also zum Nachteil dessen anzueignen, dem billigerweise die Früchte davon zukommen müßten³⁹⁾. Anschließend wird als eine solche Aneignung bezeichnet "das planmäßige Heranschleichen eines Wettbewerbers an die eigenartige, im Verkehr bekannte Aufmachung gleichartiger Waren eines Mitbewerbers oder ihrer Verpackung, auch wenn der Gesichtspunkt der Ausstattungsschutzverletzung mangels der hierfür erforderlichen Voraussetzungen nicht in Frage käme"⁴⁰⁾. Auf diesen Rechtsgedanken kommt dann auch der BGH im "Hummel-I"-Urteil⁴¹⁾ zurück, wo er zum tragenden Entscheidungsgrund wird. Planmäßigkeit des Vorgehens führte auch im "Petit-Point"-Fall⁴²⁾ zur Sittenwidrigkeit. Zunächst stellte

38) RG v.21.12.1934, RGZ 146, 247.

39) RG v.21.12.1934, Fußn.38, a.a.O., 249.

40) RG v.21.12.1934, Fußn.38, a.a.O., 250. Welche Voraussetzungen das RG hier meint, ist nicht ersichtlich. So kommen neben dem Fehlen der Ausstattungsschutzvoraussetzungen auch das Fehlen der Voraussetzung einer Verletzungshandlung - Waren-gleichartigkeit, Verwechslungsgefahr, zeichenmäßige Benutzung - in Betracht.

41) BGH v.22.1.1952, GRUR 1952, 516.

42) RG v.9.4.1937, GRUR 38, 68.

das RG fest, daß auch sogenannte Dutzendware gegen Nachahmung geschützt sei, wenn ihre Herkunft aus stets demselben Betrieb verkehrsbekannt sei oder sie eine genügende, kennzeichnende Eigenart aufweise und eine beabsichtigte Herkunftstäuschung oder der der Erschleichung vorliege. Dabei verbindet das RG die Ausbeutung des guten Rufs des nachgeahmten Erzeugnisses mit der Irreführung über die Warenherkunft⁴³⁾. Anschließend erklärt das RG planmäßiges Nachahmen von Erzeugnissen als sittenwidrig, weil es darin ein absichtliches, auf Vereitelung jeglicher geschäftlicher Betätigung des Konkurrenten gerichtetes Verhalten sieht⁴⁴⁾. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist die Entschlossenheit, mit der das Gericht einen wettbewerbsrechtlichen Schutz gegen die Nachbildung ablehnt. So heißt es, die Klägerin könne nicht beanspruchen, mit Hilfe wettbewerbsrechtlicher Vorschriften eines Schutzes teilhaftig zu werden, der ihr nur nach Grundsätzen des Urheberrechts oder des gewerblichen Sonderschutzes gewährt werden könnte. Komme eine Anwendung solcher Grundsätze nicht in Betracht, so bestehe kein Anlaß, einem weder eigenartig noch sonst mit Kennzeichnungskraft versehenen Erzeugnis Schutz zu verschaffen; derartig gemeinfreie Erzeugnisse seien jedermann zugänglich.

Auf dem eigentlichen Gebiet des Warenzeichenrechts befindet das RG⁴⁵⁾, daß bei Verneinung der Verwechslungsgefahr auch der Gesichtspunkt der auf Täuschung beruhenden Ausbeutung des guten Rufs der Waren entfalle. Auch in der "Aloxal/Eloxal"-Entscheidung⁴⁶⁾ wird eine Ausnutzung des Rufs der Waren nur bei verwechslungsfähiger Warenbezeichnung angenommen. Und in

43) Zum gleichen Ergebnis kommt RG v.7.1.1939, GRUR 1939, 627, 631 - Aloxieren/Eloxieren - unter Berufung auf die "Hut-haken"- und die "Makkaroni-Packung"-Entscheidungen; ebenso RG v.6.4.1938, GRUR 1939, 128 - Knirps/Fips.

44) RG v.9.4.1937, Fußn. 42, a.a.O., 7o.

45) RG v.6.4.1938, GRUR 1939, 128, 131 -Knirps/Fips.

46) RG v.7.1.1939, GRUR 1939, 627, 631.

einer der letzten Reichsgerichts-Entscheidungen⁴⁷⁾ lehnt das Gericht das Sittenwidrigkeitsargument der bewußten Annäherung an ein fremdes Kennzeichen ausdrücklich ab. Maßgebend sei ausschließlich die objektiv erscheinende Verwechslungsgefahr, die böse Absicht sei unerheblich, gebe nur zu genauerer Prüfung der objektiven Verwechslungsgefahr Anlaß. Damit könne für das Reichsgericht die Entscheidung im "Berliner Kindl"-Fall als überholt gelten, wo für eine Anwendung des § 1 UWG trotz Fehlens der Verwechslungsgefahr i.S. einer Irreführung über die Warenherkunft plädiert wurde, beruhend auf der Tatsache, daß sich der Konkurrent durch die Wahl seiner Warenbezeichnung so eng an das bekannte und geschützte Erzeugnis eines anderen Geschäftsbetriebs anlehnte, daß ihm mit hoher Wahrscheinlichkeit der gute Ruf der Ware des anderen zugute kam⁴⁸⁾.

III. Ausnutzung des besonderen Rufs einer Kennzeichnung

Neben diesem von der Rechtsprechung geschaffenen Schutz von Wettbewerbern gegen Herbeiführung von Verwechslungsgefahr und Ausbeutung des guten Rufs von Herkunftsstätte und Erzeugnis, steht noch ein weiterer - vom RG geschaffener - Anwendungsbe-
reich. In ihm kommt der ursprüngliche Kernsatz der Rechtsprechung, nämlich der Schutz eines mit Mühe und Kosten errungenen Arbeitsergebnisses, mit am deutlichsten zum Ausdruck. Es handelt sich in diesem Fall um die Ausnutzung eines mit einer allgemein bekannt gewordenen Bezeichnung verbundenen Rufes zur Empfehlung der eigenen Ware, dem rechtlichen Vorläufer des Schutzes der berühmten Marke.

47) RG v.3.3.1944, GRUR 1944, 85, 87 - Kienzle.

48) RG v.30.11.1939, GRUR 1940, 202, 206; hier wird aber der Namensschutz nach § 12 BGB mit von Einfluß gewesen sein.

1. In einer der ersten Entscheidungen dieser Art, dem "Salamander"-Fall⁴⁹⁾ wird ein zeichenrechtlicher Schutz mangels Warengleichartigkeit zwar abgelehnt, eine Verurteilung zur Unterlassung der Benutzung erfolgt aber aufgrund des § 1 UWG. Denn da das Zeichen "Salamander" der Klägerin ein weithin bekanntes und anerkanntes Schlagwort zur Kennzeichnung ihres Betriebes sei, wolle der Beklagte den Ruf der Klägerin, den sie durch die Güte ihrer Waren oder durch kostspielige Reklame erworben habe, mitgenießen; außerdem schädige er den Zeicheninhaber dadurch, daß er die Unterscheidungskraft der Bezeichnung infolge des Mitgebrauchs schwäche⁵⁰⁾. Das gleiche Argument verwendet dann der BGH im "Maggi"-Urteil⁵¹⁾, dort allerdings nicht zum Schutz einer weithin bekannten Kennzeichnung, sondern für die "wertvolle Kennzeichnung" eines marktstarken Wettbewerbes. Das RG bejaht die Anwendung des § 1 UWG auch und gerade, soweit eine Warengleichartigkeit nicht gegeben ist. Auf den Einwand, daß damit auch das erforderliche Wettbewerbsverhältnis fehle, kommt es nicht. Im Gegenteil stellt das RG erstmalig⁵²⁾ den Satz auf, daß "die Ausnutzung einer fremden Waren- und Firmenbezeichnung von der überall bekannten Schlagkraft des Wortes "Salamander" dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden auch dann widerstrebe, wenn eine Ware von anderer Art, als die der berechnigte Inhaber des Schlagworts führt, mit diesem gekennzeichnet werden soll". Zwar zog es in der "4711"-Entscheidung⁵³⁾ zur Begründung des gleichen Satzes § 826 BGB

49) RG v.11.1.1927, RGZ 115, 401: Die Kl. hatte das Zeichen für Schuhwaren eingetragen, während der Bekl. unter gleichem Zeichen Schmirgelpapier und Schleifmittel herstellte.

50) RG v.11.1.1927, Fußn.49, a.a.O., 410.

51) BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371, 377: Beide Parteien (Maggi und Knorr) stellen Lebensmittel her.

52) RG v.11.1.1927, Fußn.49, a.a.O., 411.

53) RG v.23.6.1931, MuW 1931, 517, 519.

heran, um den von Callmann⁵⁴⁾ geäußerten Bedenken im Hinblick auf das fehlende Wettbewerbsverhältnis zu begegnen. In der "Bayer-Kreuz"-Entscheidung⁵⁵⁾ stützte es das Unterlassungsgebot bei Warenungleichartigkeit dann allerdings wieder auf § 1 UWG.

Bei dieser Auffassung verblieb die höchstrichterliche Rechtsprechung bis zur "Quick"-Entscheidung⁵⁶⁾. In alldiesen Fällen handelt es sich um die Anfänge des Schutzes berühmter Marken gegen Verwässerung ihres Werbewertes, ihrer Kennzeichnungskraft⁵⁷⁾.

IV. Würdigung der RG-Rechtsprechung

Die hier aufgezeigten Entwicklungen zeigen deutlich die Schwierigkeiten des Reichsgerichts, den Unrechtsgehalt von Nachahmungshandlungen in befriedigender Weise zu erfassen.

1. Da Rechtsprechung und Literatur in ihren ersten Stellungnahmen dahin tendierten, die Nachahmung von Erzeugnissen allein schon deswegen für unlauter zu erklären, weil diese Gegenstände eines mit Mühe und Kosten vollbrachten Arbeitsvorgangs waren, bestand die Gefahr der Entwertung und Auflösung der Sonderschutzgesetze⁵⁸⁾. Dieser Gefahr entgegenzu-

54) Wettbewerbsgesetz, § 16, Anm.121e.

55) RG v.31.10.1942, GRUR 1943, 85, 88.

56) BGH v.11.11.1958, GRUR 1959, 182, 186; bestätigt in BGH v. 10.11.1965, GRUR 1966, 623 - Kupferberg; anders noch BGH v.11.7.1958, GRUR 1959, 25, 29 - Triumph.

57) Zum Ganzen umfassend Elsaesser, Der Rechtsschutz berühmter Marken, 1959; Ulmer, Verkehrsgeltung und Warenzeichenrecht, ZHR 114, 43 (1951).

58) Vgl. Smoschewer, GRUR 1929, 381 einerseits; Isay, GRUR 1928, 71, 421; Nerreter, GRUR 1936, 290 andererseits.

wirken, war daher das Bestreben der Rechtsprechung in der nachfolgenden Periode. Bedauerlicherweise zog sie jedoch mit der "Huthaken"-Entscheidung eine fehlerhafte Grenzlinie zwischen dem Anwendungsgebiet der Wettbewerbsgrundsätze für technische und dem für nicht-technische Gegenstände⁵⁹⁾. Bereits Osterrieth⁶⁰⁾ und ihm folgend Nerreter⁶¹⁾ hatten die Grenzlinie zwischen dem schöpferischen Werk einerseits und der Warenkennzeichnung andererseits gezogen, wobei sie auf die Kennzeichnungsfunktion der Merkmale abstellten, nicht auf die Qualität ihres rechtlichen Schutzes. Daher vermeiden sie auch die von der übrigen Lehre⁶²⁾ und vom RG in den weiteren Entscheidungen vorgenommene Gleichbehandlung von technischen Sachverhalten und Ausstattungsschutz⁶³⁾. Diese Gleichbehandlung verschiedenartiger Schutzgegenstände wie Bekanntheit der Ware wegen ihrer Beschaffenheit einerseits und Bekanntheit der Ware als aus einem bestimmten Betrieb stammend andererseits, also die Unterscheidung von Leistungsrecht und Kennzeichenrecht⁶⁴⁾ beruht auf der Auffassung, daß § 15 WZG und der ab 1.10.1936 an seine Stelle getretene § 25 WZG die Frage der Verkehrsgeltung allgemein, also auch für das Wettbewerbsrecht regelten.⁶⁵⁾ Dabei beruht diese Auffassung darauf, daß die Verkehrsgeltung als solche bereits Schutzgegenstand des § 15 WZG sei, nämlich als solche bereits einen schützenswerten, wettbewerbsrechtlichen Besitzstand darstelle ohne Berücksichtigung, woran die Verkehrsanerkennung anknüpft. Infolgedessen waren "die besonderen Umstände" i.S. § 1 UWG, die eine grundsätzlich erlaubte Nachbildung unlauter werden ließen, in der Mehrzahl aller

59) RG v.31.1.1928, Fußn.20, a.a.O.

60) GRUR 1925, 131.

61) GRUR 1936, 290.

62) Reimer, GRUR 1933, 454; Gewiese, GRUR 1936, 296; weitere Nachweise bei Nerreter, GRUR 1957, 414.

63) So RG v.23.2.1934, GRUR 1934, 370, 371/72 - Hosenträger; RG v.20.11.1934, JW 1935, 1091 - Formulare.

64) Vgl. RG v.18.5.1940, GRUR 1940, 454, 455 - Bestecke.

65) RG v.18.5.1940, Fußn.64, a.a.O. - Bestecke; RG v.23.2.1934, Fußn.63, a.a.O. - Hosenträger.

Fälle nur die Herbeiführung von Verwechslungsgefahr, die zur objektiven Voraussetzung die Verkehrsgeltung des nachgeahmten Gegenstandes hatte⁶⁶⁾ und in subjektiver Hinsicht - in Anlehnung an den Tatbestand des § 15 a.F. WZG - die Täuschungsabsicht des Handelnden erforderte⁶⁷⁾.

Eine nächste Fortentwicklung dieser Rechtsprechung war der Grundsatz, daß die objektive Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Erzeugnissen hinzunehmen sei, da die Nachahmung ungeschützter Gegenstände frei war, womit eine Ähnlichkeit der "technisch-funktionellen Merkmale" nicht zu vermeiden war. Die unlauterkeitsbegründenden Merkmale wurden allein in der subjektiven Seite gesehen. So wurde im "Hosenträger"-Urteil⁶⁸⁾ die zur unvermeidbaren, weil technisch bedingten, Verwechselbarkeit hinzutretende "Absicht der Täuschung der beteiligten Verkehrskreise durch bewußte Irreführung über die Herkunft des nachgeahmten Gegenstandes, also die "gewollte, zum mindesten gebilligte Herbeiführung der Verwechselbarkeit" als ein besonderer Umstand i.S. der Rechtsprechung angesehen⁶⁹⁾. Die Rechtsprechung zur subjektiven Tatseite wurde obsolet mit der Änderung des § 25 WZG v.1.10.1936, wonach die Ausstattungsverletzung bloß objektiv widerrechtliches Verhalten verlangte. Von da an verzichtete auch das RG für den Tatbestand des unlauteren Nach-

66) RG v.31.1.1928, RGZ 120, 94, 99 - Huthaken; RG v.19.3.1932, RGZ 135, 385 - Künstliche Blumen; RG v.17.2.1934, GRUR 1934, 375, 379 - Taylorix.

67) RG v.30.10.1926, RGZ 115, 180 - Puppenjunge; RG v.1.1.1928, Fußn.66, a.a.O. - Huthaken; RG v.17.2.1934, Fußn.66, a.a.O. - Taylorix; von einem Teil der Lehre wurde § 15 a.F. WZG als ein Vorläufer des § 1 UWG angesehen; vgl. Seligsohn, § 15 WZG, Anm.1, S.244; Finger, Vorbem.II vor § 15 WZG.

68) RG v.23.2.1934, Fußn.63, a.a.O.

69) In einem Urteil v.25.9.1936, GRUR 1937, 66, 72 - Brillenstangen - wurde als besonderer Umstand i.S. § 1 UWG die Tatsache gewertet, daß neben die nicht erfüllte Verkehrsgeltung die bewußte und gewollte Irreführung des Publikums mit wettbewerbswidrigen Mitteln in unzulässiger Weise zu einer Schädigung des Wettbewerbers geführt haben könnte.

ahmens auf das Erfordernis der Täuschungsabsicht, so daß unlauterkeitsbegründend die objektive Gefahr der Täuschung des Publikums über die Herkunft der Gegenstände war⁷⁰⁾. Klarstellend sagte das RG daher im Jahr 1936, das Problem der sklavischen Nachahmung sei nicht im Schutz einer schöpferischen Leistung zu suchen, sondern im Schutz vor der Verwechslungsgefahr im geschäftlichen Verkehr⁷¹⁾. Dieser Schutz komme keineswegs nur einer Leistung zugute, die als schöpferisch oder eigenartig zu bezeichnen wäre. Aus diesem an sich richtigen Gedanken heraus wurde dann jedoch auf der objektiven Tatbestandseite eine Abmilderung der Anforderungen vollzogen.

War anfangs noch die Verkehrsgeltung für den gesamten Gegenstand⁷²⁾, später für kennzeichnende Merkmale⁷³⁾ gefordert worden, so war später⁷⁴⁾ nur noch von genügender, kennzeichnender Eigenart die Rede. Was darunter im einzelnen zu verstehen war, blieb allerdings offen.

Ebenso unbestimmt blieben auch die vom RG gebildeten Sachverhaltsgruppen, in denen eine Kombination von objektiver Schutzwürdigkeit des nachgeahmten Merkmals und subjektiver Vorwerfbarkeit des Handelns des Nachahmers Grundlage der Verurteilung nach § 1 UWG war⁷⁵⁾. Alle diese Urteile sind griffig formuliert, lassen aber die für eine Normbildung im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel erforderliche Klarheit vermissen⁷⁶⁾.

70) RG v.8.9.1937, GRUR Ausl. 1937, 304 - Offiziersssäbel;
RG v.18.5.1940, GRUR 1940, 454 - Bestecke.

71) RG v.25.9.1936, GRUR 1937, 66, 69 - Brillenstange.

72) RG v.31.1.1928, RGZ 120, 94, 99 - Huthaken.

73) RG v.25.9.1936, Fußn.71, a.a.O. - Brillenstange.

74) RG v.9.4.1937, GRUR 1938, 68, 70 - Petit Point.

75) RG v.30.11.1939, GRUR 1940, 202, 206 - Berliner Kindl: Anlehnung an das bekannte und geschützte Erzeugnis eines anderen, so daß dessen guter Ruf mit hoher Wahrscheinlichkeit zugute kommt; RG v.21.12.1934, RGZ 146, 247, 250 - Makkaroni-Packung; RG v.23.6.1941, RGZ 167, 182 - Alpenmilch: Planmäßiges Heranschleichen an eigenartige, im Verkehr bekannte Aufmachungen gleichartiger Waren eines Mitbewerbers auch ohne Verletzung eines Ausstattungsrechts.

76) Dazu vgl. Isay, GRUR 1928, 71 ff., 421 ff.

Erst Nerreter⁷⁷⁾ hat für die Nachahmung technischer und ästhetischer Arbeitsergebnisse ein Stufenverhältnis der jeweils erforderlichen objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale aufgestellt.

2. Zu einer klareren Linie bekannte sich das RG dagegen bei der ergänzenden Anwendung des § 1 UWG im Bereich der warenzeichenrechtlichen Tatbestände. So lehnte es das RG ab, den Vorwurf der planmäßigen Annäherung an eine Kennzeichnung durch eine willkürliche Annäherung an die Gestaltung des Kennzeichens eines anderen auch da zuzulassen, wo ein nach dem WZG geschütztes Zeichen vorlag. In solchen Fällen entfalle mit der Verneinung der objektiven Verwechslungsgefahr auch die Annahme eines sittenwidrigen Heranschleichens⁷⁸⁾. Mit der gleichen Eindeutigkeit verweigerte das Gericht die Anwendung des § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der Ausbeutung des guten Rufs bei einer nicht verwechslungsfähigen Benutzung eines Zeichens. Beruhe der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gerade auf der Nachahmung des geschützten Zeichens und der damit erstrebten Irreführung des Publikums, so entfalle bei Verneinung der Verwechslungsgefahr auch eine auf Täuschung der Abnehmer beruhende Ausbeutung des guten Rufs⁷⁹⁾. In einem Urteil vom 7.1.1939⁸⁰⁾ heißt es dann zwar generell, daß auch beim Fehlen eines Zeichen- oder Ausstattungsschutzes die Mitbenutzung einer fremden Warenbezeichnung gegen § 1 UWG verstoßen könne. Zur Erläuterung weist das RG jedoch darauf hin, daß es sittenwidrig sei, den guten Ruf einer Ware dadurch für sich auszunutzen und den Berechtigten zu schädigen, daß eine verwechslungsfähige Warenbezeichnung gewählt werde. Der Sachverhalt läßt allerdings vermuten, daß trotz des unklaren Wortlauts damit die nicht zeichenmäßige

77) GRUR 1957, 525, 528/529; vgl. auch Seiler, BB 1967, 257, 260.

78) RG v. 20.7.1937, GRUR 1937, 1097, 1101 - Druckknöpfe.

79) RG v. 6.4.1938, GRUR 1939, 128, 131 - Knirps/Fips.

80) RG v. 7.1.1939, 627, 631 - Eloxal/Aloxal.

Verwendung eines verwechslungsfähigen, für den Wettbewerber als Kennzeichen eingetragenen oder im Verkehr durchgesetzten Zeichens gemeint ist. Damit wäre hier ein Vorläufer der "Lesering"-Entscheidung⁸¹⁾.

In einer seiner letzten Entscheidungen⁸²⁾ lehnt das RG schließlich jeglichen Unlauterkeitsvorwurf aufgrund subjektiver Tatbestandsmerkmale ab. Für die Verwechslungsgefahr sei ausschließlich der sachliche, in der äußeren Erscheinungsform der Warenbezeichnung gegebene Tatbestand von Entscheidung, da sich allein auf seiner Grundlage die maßgebende Verkehrsauffassung bilde. Die bloße Absicht könne nie die Verwechslungsgefahr begründen, gebe höchstens Anlaß zu einer strengeren Prüfung des äußeren Sachverhalts.

V. Stellungnahme der Literatur

1. Eine eingehendere Behandlung der hier interessierenden Fragen nach dem Anwendungsbereich der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel zum ergänzenden Schutz von Kennzeichenrechten hat - soweit ersichtlich - nur Witthüser vorgenommen. Er betont in Übereinstimmung mit der jüngeren Rechtsprechung und überwiegenden Lehre seiner Zeit die grundsätzlich umfassende Anwendbarkeit wettbewerbsrechtlicher Grundsätze auf dem Gebiet des Warenzeichenrechts⁸³⁾. Daraus folgert er die ebenso umfassende Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel auf zeichenrechtliche Sachverhalte. So bejaht er die Sittenwidrigkeit der Handlung bei bewußter Herbeiführung einer objektiven Verwechslungsgefahr⁸⁴⁾ ebenso wie bei der Verwendung eines fremden

81) BGH v.12.7.1963, GRUR 1964, 82; ebenso: BGH v.23.9.1958, GRUR 1959, 130 - Vorrasur/Nachrasur.

82) RG v.3.3.1944, GRUR 1944, 85, 87 - Kienzle.

83) Der wettbewerbsliche Schutz von Warenzeichen, Diss.1933, S.19 ff.

84) a.a.O., S.37.

Zeichens mit Verkehrsgeltung für ungleichartige Waren⁸⁵⁾, schützt eine Anwartschaft auf die Unternehmensschlagwort-eigenschaft ebenso nach § 1 UWG wie die Ausstattungsanwartschaft⁸⁶⁾ und die im Verkehr durchgesetzte Ausstattung⁸⁷⁾. Dabei verlangt er aber für den wettbewerblichen Schutz der Anwartschaft besondere zusätzliche Umstände, die er allerdings nicht einmal beispielhaft herausarbeitet.

In all diesen Fällen ist die eigentliche, aus § 1 UWG herausgearbeitete Norm der Grundsatz vom Schutz des mit Mühe und Kosten errungenen Leistungsergebnisses gegen Ausbeutung durch unrechtmäßige Dritte⁸⁸⁾. Ohne das Vorliegen einer objektiven Verwechslungsgefahr hält Witthüser das Vorgehen des nachahmenden Wettbewerbers allerdings für zwecklos, da ja dann keine Irreführung des Publikums vorliege und das Zeichen nicht an der Verkehrsgeltung des anderen Zeichens teilnehme. Die Frage habe daher - bis auf die Fälle der direkten Bezugnahme ohne Verwechslungsgefahr - keine praktische Bedeutung⁸⁹⁾. Die Arbeit Witthüfers stellt einen zusammenfassenden Überblick über das Bemühen von Rechtsprechung und Literatur dar, mit Hilfe des Lauterkeitsgedankens der Entwicklung des Wettbewerbs zu steuern. Interessant sind dabei vor allem die mehr auf Rechts- und Lauterkeitsempfinden, denn auf juristische Argumentation gestützten Lösungen der Probleme, was sich auch in den verwendeten Begriffen wie "Ausnutzung" und "Ausbeutung" zeigt, mit denen gleichsam die Verurteilung vorweggenommen wird⁹⁰⁾. Auch Witthüser macht hier keine Ausnahme, mit fundierten Gegenargu-

85) A.a.O., S.46 ff.; womit er die zum Unternehmensschlagwort gewordenen Zeichen meint.

86) A.a.O., S.61.

87) A.a.O., S.57.

88) A.a.O., S.47, 51, 54, 58, 60, 64.

89) A.a.O., S.39.

90) Diesen Vorwurf erhebt auch Callmann, GRUR 1928, 251 m.w.N.

menten⁹¹⁾ setzt er sich nicht auseinander. Im Übrigen folgt er der neueren, wettbewerbsrechtlich orientierten Lehre und Rechtsprechung seiner Zeit. Auf die Frage, ob das Sonderschutzgebiet des Warenzeichenrechts der Anwendbarkeit des § 1 UWG Grenzen setze, ist Witthüser nicht eingegangen.

2. Andere Stellungnahme dagegen, zu Fragen der ergänzenden Anwendung des Wettbewerbsrechts auf dem Gebiet der Sonderschutzrechte des Patent-, Muster- und Urheberrechts, bestehen in großer Anzahl. Nachdem das RG seine formalistische Rechtsprechung⁹²⁾ aufgegeben hatte, ging die literarische Auseinandersetzung vor allem um die Frage, bei welchen Sachverhalten und in welchem Umfang eine Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel in Betracht käme. Eine der ersten Fragenkomplexe war hierbei der Schutz materieller Zeichenrechte durch das Wettbewerbsgesetz. Anhand der - anfangs als rein wettbewerbsrechtlich aufgefaßten -⁹³⁾ Norm des § 15 a.F. WZG gelang der Literatur die Synthese von formellem und materiellem Zeichenrecht⁹⁴⁾. Über diese "Entwicklungshelferdienste" des § 1 UWG zum Schutz des auf Verkehrsgeltung beruhenden Zeichenrechts, ausgehend vom Schutz gegen Verwechslungsgefahr, ist oben⁹⁵⁾ bereits gesprochen worden.

Auf einem der wichtigsten Anwendungsgebiete der Generalklausel, dem Schutz von Leistungsergebnissen gegen "sklavische" Nachahmung hat die Literatur zunächst die vom RG vorgenommene

91) Wie z.B. Hagens, MuW Bd.27, 1927/28, 562: kritisch zum Begriff des "dolus subsequens"; kritisch auch Adler, JW 1927, 1587 zur Anwendbarkeit des § 1 UWG auf Fälle von Zeichenbenutzung für ungleichartige Waren.

92) Dagegen schon Kohler, Recht des Markenschutzes, 1884, S.88/89 gegen RG v.30.11.1880, RGZ 3, 67 - Apollinarisbrunnen: a.A. z.B. Kent, 14, 180, 252.

93) z.B. Seligsohn, WZG § 15, Anm.1, S.244; Witthüser, S.15.

94) Dazu maßgebend Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, S.66 ff.; vgl.auch Hagens, WZG Einl. S.31; Rosenthal, § 1 Anm.59.

95) S.7.

Trennung in technische und untechnische Leistungsergebnisse nachvollzogen³⁶⁾ und versucht, auf dieser Grundlage zu praktikablen und voraussehbaren Normen für die Rechtsprechung zu kommen. Erst im Laufe der Entwicklung der Rechtsprechung und der theoretischen Durchdringung³⁷⁾ gelang es, auf die Grundgedanken des Wettbewerbsschutzes zu stoßen. Am klarsten hat dies das RG selbst in der "Brillenstangen"-Entscheidung⁹⁸⁾ ausgedrückt, wenn es sagt, "das Problem im Fall des sklavischen Nachbaus sei nicht im Schutz einer schöpferischen Leistung zu suchen, sondern im Schutz vor der Verwechslungsgefahr im Geschäftsverkehr". Diesen Gegensatz zwischen den Leistungsschutzrechten und dem Schutz kennzeichnender Merkmale hat als einer der ersten Nerreter⁹⁹⁾ erkannt. Auf die Gefahren jedoch, die in der ungeprüften Übernahme der zum direkten Leistungsschutz formulierten Rechtsgrundsätze auf Sachverhalte des Ausstattungsschutzes liegen, hat auch er nicht hingewiesen, obwohl er die ähnlich gelagerten Probleme bei technischen Sonderschutzrechten deutlich herausstellt. Denn wenn er¹⁰⁰⁾ sagt, daß durch den wettbewerbsrechtlichen Schutz der Formalschutz nicht entwertet und überflüssig gemacht werden dürfe, so gilt dies sicher auch für den Schutz der formal eingetragenen Zeichen, wie auch der im Verkehr durchgesetzten Ausstattung dort, wo mit dem RG bereits das planmäßige Heranschleichen an verkehrsbekannte, eigentümliche Merkmale der Warenaufmachung eines Wettbewerbers ohne Verwechslungsgefahr als unlauter zu beurteilen ist¹⁰¹⁾.

96) Z.B. Reimer, GRUR 1933, 454, zum ganzen vgl. Nerreter, GRUR 1957, 408 m.umfangreichen weiteren Nachweisen.

97) Vgl. Meyer, Erweiterung und Beschränkung des Immaterialgüterrechts durch die Generalklausel des Wettbewerbsrechts, Diss. 1931, passim; Nerreter, GRUR 1936, 290; zum ganzen wieder Nerreter, GRUR 1957, 525 ff. m.w.N.

98) v. 25.9.1936, GRUR 1937, 66, 69.

99) GRUR 1936, 290.

100) A.a.O., 293.

101) So z.B. RG v.21.12.1934, RGZ 246, 247 - Makkaroni-Packung.

Problematisch ist der Schutz von § 1 UWG auch dort, wo keine zeichenmäßige Verwendung der Bezeichnung vorliegt¹⁰²⁾ oder die Gleichartigkeit der Waren nicht gegeben ist¹⁰³⁾. Auf die an sich naheliegende Frage, ob in solchen Fällen nicht das Warenzeichengesetz Schutzgrundlage und -begrenzung sein müsse oder ob seine Wertungen wenigstens die Anwendung des § 1 UWG beeinflussen könnten, ist im einzelnen nicht eingegangen worden. Allgemein wird aber schon frühzeitig vor einer Überbeanspruchung des § 1 UWG auf dem Gebiet des Zeichenrechts gewarnt. So meint Hagens¹⁰⁴⁾, Rechtswirkungen, die sich aus dem Wesen des Zeichenrechts oder aus dem Gesetz herleiten ließen, dürfe man nicht auf § 1 UWG stützen. Andernfalls würde das WZG seines Inhalts beraubt. Das stärkere Hindernis sieht Hagens allerdings in der Anwendung der Generalklausel auf gutgläubige, nur "objektiv sittenwidrige" Handlungen¹⁰⁵⁾, weil nach seiner Ansicht der Sittenverstoß in jedem Fall eine subjektive Komponente enthalte. Isay dagegen¹⁰⁶⁾ rügt vor allem die völlige Außerachtlassung der jeweiligen Spezialnormen in den ersten Urteilen zur sklavischen Nachahmung von Kunstgegenständen¹⁰⁷⁾; dadurch würden die gesetzlichen Wertungen der Spezialgesetze schlicht umgangen. In einer Stellungnahme zum "Huthaken"-Urteil wendet Isay sich dann auch im einzelnen der Auswirkung dieser Rechtsprechung für das Gebiet des Zeichenrechts zu¹⁰⁸⁾. Dort stellt er zu Recht fest, daß der eigentliche Schutzgrund und -gegenstand

102) RG v.7.1.1939, GRUR 1939, 627 - Eloxal/Aloxal; vgl. dazu auch Witthüser, 63 ff.

103) RG v.11.1.1927, RGZ 115, 401 - Salamander; Witthüser, 45 ff.

104) Warenzeichenrecht, Einl. 31/32; ders., MuW 1927/28, 561; ihm folgend Callmann, Wettbewerb, 44/45.

105) Warenzeichenrecht, Einl. 32 oben; ders., MuW 1927/28, 562/563.

106) GRUR 1928, 71.

107) Vgl. RG v.11.7.1925, RGZ 111, 254 - Käthe-Kruse-Puppen; RG v. 30.10.1926, RGZ 115, 180 - Puppenjunge; gleicher Ansicht Allfeld, JW 1926, 564; JW 1927, 110.

108) GRUR 1928, 421.

der reichsgerichtlichen Rechtsprechung um "Schutz vor sklavischer Nachahmung" der Schutz vor Verwechslungen der Leistungsergebnisse mit denen anderer ist und daß nach der Rechtsprechung dazu Verkehrsgeltung und ~~mit~~ der gesetzliche Ausstattungsschutz des § 15 a.F. WZG erforderlich ist. Damit sei aber § 1 UWG nicht mehr erforderlich, die Norm des § 15 a.F. WZG reiche völlig aus¹⁰⁹⁾. Andererseits sei der Schutz einer noch nicht durchgesetzten Aufmachung, d.h. ohne Verkehrsgeltung, nicht nach § 15 a.F. WZG möglich; dort müsse - wolle man am Satz von der Unsittlichkeit der Ausbeutung einer Leistung anderer festhalten - nach § 1 UWG geurteilt werden¹¹⁰⁾. Isay beschränkt diese Aussage zwar auf den Fall einer "eigenartigen Aufmachung", die im Verkehr noch nicht die erforderliche Geltung habe, erkennt und bedauert aber, daß ein solcher wettbewerbsrechtlicher Schutz im Grunde ein Schutz des Leistungsergebnisses in direkter Linie wäre.

Aus der gleichen Auffassung heraus fordert Nerreter¹¹¹⁾ dazu auf, die völlige Verschiedenheit von schöpferischem Werk und Warenkennzeichnung zu erkennen, dabei den Schutz der ersteren den gewerblichen Sonderschutzgesetzen - notfalls in ausdehnender Auslegung - zu überlassen¹¹²⁾ und den Schutz der Kennzeichnungsfunktion dem Zeichen- und Wettbewerbsrecht zu unterstellen¹¹³⁾. An anderer Stelle dagegen¹¹⁴⁾ sieht er die Aufgabe des Wettbewerbsgesetzes gerade auf dem Gebiet der Ausdehnung von Sonder tatbeständen und der planvollen Fortbildung der Sondergesetze. Die übrige Lehre¹¹⁵⁾ stimmt mit ihm nur insofern überein, als

109) A.a.O., 424.

110) A.a.O., 423/424.

111) GRUR 1936, 290.

112) A.a.O., 293/294.

113) A.a.O., 295/296.

114) Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts, 1936, 107/108.

115) Isay, GRUR 1928, 71 ff., 421 ff.; Callmann, Wettbewerbsrecht, Einl., 44; Pinzger, Einl., 3; Hagens, Einl., 31.

sie eine Ergänzungs- und Lückenfüllungsfunktion für die wettbewerbsrechtliche Generalklausel anerkennt, nicht aber die Aufgabe der ausdehnenden Auslegung oder planvollen Fortbildung der Sondergesetze. Demgemäß spricht sich Pinzger¹¹⁶⁾ für den Grundsatz aus, daß Vorschriften des UWG selbständig neben den Vorschriften des WZG dort eingreifen könnten, wo unlauteres Verhalten zwar ein Zeichen in Mitleidenschaft zieht, aber keine Zeichenverletzung im eigentlichen Sinn vorliegt. Ein solcher Fall liegt für ihn einmal in der Benützung verwechslungsfähiger Zeichen für ungleichartige Waren, was er - und die Rechtsprechung -¹¹⁷⁾ ausdrücklich als einen Unterfall der Ausbeutung des mit Mühe und Kosten geschaffenen Arbeitsergebnisses ansieht, auch wenn er diese Rechtsprechung kritisiert¹¹⁸⁾.

Zusammenfassung

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß die Rechtsprechung zunächst auf der Basis des § 1 UWG Schutz gegen Ausbeutung eines mit Mühe und Kosten errungenen Arbeitsergebnisses gewährte und erst nach unsicherem Tasten über den zu beschreitenden Weg zu einem wettbewerbsrechtlichen Schutz wenigstens kennzeichnungsfähiger Merkmale mit mindestens einer Bekanntheit in den beteiligten Verkehrskreisen oder zum Schutz im Verkehr bekannter kennzeichnender Merkmale kam. Diese letzte Phase der Rechtsprechung läßt sich der Sache nach als ein Schutz entweder der Ausstattungsanwartschaft oder der verkehrsbekannten Ausstattung nach § 1 UWG bezeichnen. Oft genug wird auch der zeichenrechtliche Tatbestand des § 25 WZG (§ 15 a.F. WZG) direkt zur Begründung des Schutzes herangezogen.

116) Einleitung, 3.

117) Z.B. RG v.23.6.1931, MuW 31, 517 - 4711.

118) Pinzger, § 31, Anm.1, 260.

Neben diesem hauptsächlich auftretenden Tatbestand schützt die Rechtsprechung auch gegen die Erschleichung von zur zeichenrechtlichen Verwertung geeigneten Kenntnissen, wobei vor allem Gesichtspunkte des Vertrags- oder Vertrauensbruchs herangezogen werden.

Die Lehre hat diese Rechtsprechung teils veranlaßt, teils hat sie den ihr gefühlsmäßig scheinenden Urteilsbegründungen einer Vielzahl von Fällen einen systematischen Unterbau zu geben versucht, damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenbildung im Bereich der Generalklauseln¹¹⁹⁾ Folge geleistet wird.

119) dazu Hedemann, S.67 ff.

5. Kapitel: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

I. Grundsatz: Die Nähe zur sklavischen Nachahmung

1. Rechtsprechung

Der "Coffeinfrei"-Entscheidung vom 4.1.1963¹⁾, in der der BGH den Bezug zur Rechtsprechung des RG zur sogenannten sklavischen Nachahmung herstellte, lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin, die seit 1858 im Kaffeeimport und -handel tätig, verwendete für den von ihr vertriebenen coffeinfreien Kaffee eine rote Kreisscheibe mit Strahlen in einem ungefähr quadratischen hellbraunen Viereck mit je einem dunkelbraunen waagrecht oberen und unteren Balken; die Balken tragen in der gelblich-braunen Tönung der Packung die Beschriftung "Hooss" und "Kaffee", die Kreisscheibe enthält in schräg von links unten nach rechts oben verlaufender Schreibschrift die Bezeichnung "coffeinfrei". Diese Aufmachung entspricht annähernd einem 1959 für die Klägerin eingetragenen Bildzeichen. Die Beklagte, seit dem 2. Weltkrieg im Kaffeehandel tätig, verwendet seit 1959 für ihren coffeinfreien Kaffee ebenfalls eine kreisrunde rote Scheibe, die in ein liegendes Rechteck mit breitem oberen und unteren Goldbalken eingesetzt ist; in der Scheibe verläuft von links unten nach rechts oben in Schreibschrift das Wort "coffeinfrei". Der obere Goldrand trägt in Blockbuchstaben das Wort "Tchibo". Diese Aufmachung ließ die Beklagte nach Erhebung der Klage 1960 als Warenzeichen eintragen.

1) GRUR 1963, 423.

Der BGH verneinte zunächst eine Verwechslungsgefahr hinsichtlich der eingetragenen Zeichen, konnte auch eine Verwechslungsgefahr hinsichtlich der tatsächlich verwendeten Aufmachung nicht feststellen, da vom Tatrichter der Umfang der Verkehrsgeltung nach § 25 WZG für die klägerische Aufmachung nicht hinreichend festgestellt war. Im Anschluß daran heißt es:

"Kennzeichnungen wie die von der Klägerin benutzte Ausstattung für ihren coffeinfreien Kaffee können auch dann, wenn dafür ein Sonderschutz und mithin ein gegen jedermann wirkendes Ausschlußrecht nicht besteht, namentlich also, wenn sie magels einer der Vorschrift des § 25 WZG genügenden Verkehrsgeltung keinen Ausstattungsschutz genießen, im Einzelfall aus allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Erwägungen gegen Nachahmungen geschützt werden, vorausgesetzt, daß besondere Umstände die Nachahmung unlauter erscheinen lassen. Für reine Kennzeichnungsmittel gelten insofern keine anderen Grundsätze, als sie in ständiger Rechtsprechung für eine nicht unter Sonderschutz stehende Gestaltung der Ware selbst entwickelt worden sind."

Der BGH rechtfertigt diese Auffassung mit der Begründung, daß Kennzeichnungen von Natur aus bestimmt und geeignet seien, Herkunftshinweis zu sein, während eine solche Wirkung für Warengestaltungen gesondert festzustellen sei. Die Rechtfertigung erfolgt also aus der gleichgerichteten Interessenlage des Zeicheninhabers und des Warenherstellers, Schutz vor schädigenden Irreführungen des Verkehrs zu erlangen. In Parallelität zur anfänglichen Reichsgerichts-Rechtsprechung heißt es im "Coffeinfrei"-Urteil ²⁾, daß die Frage eines wettbewerbsrechtlichen Schutzes nach § 1 UWG unabhängig von und vor der Feststellung einer ein Ausstattungsrecht i.S. § 25 WZG begründenden Verkehrsgeltung geprüft werden müßte. In der "Centra"-Entscheidung vom 17.3.1965 ³⁾ wird der Vorinstanz nahegelegt, den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsverstoßes zu prüfen, es würde sich dann erübrigen, der Frage der Ver-

2) BGH v.4.1.1963, a.a.O., 428.

3) GRUR 1966, 38, 42, 43.

wechsungsgefahr nachzugehen. Weiter heißt es:

"Nur dann, wenn das Berufungsgericht bei einer erneuten Erörterung des Streitfalls wiederum nicht zu tatsächlichen Feststellungen gelangt, die eine Verurteilung aus § 1 UWG rechtfertigen würden, wird es notwendig sein, die Klagegrundlagen des § 16 UWG und gegebenenfalls auch des § 24 WZG heranzuziehen und in diesem Zusammenhang die objektive Verwechslungsgefahr nach den dargelegten Gesichtspunkten erneut zu prüfen."

Im gleichen Sinn äußert sich der BGH in der Entscheidung vom 14.4.1965⁴⁾. Und in der Entscheidung vom 9.7.1965⁵⁾ empfiehlt das Gericht sogar, bei kostspieliger oder zeitraubender Beweisaufnahme im Rahmen der Feststellung eines Ausstattungsschutzes - hier für eine Flaschenkennzeichnung - lieber den "einfacheren Weg" der Feststellung einer verwerflichen Absicht zu gehen, welche für ein Unterlassungsgebot nach § 1 UWG genügen würde⁶⁾.

Zu Recht sah v.Falck⁷⁾ in dieser Auffassung die Gefahr der Begründung von "Ersatz-Ausschließlichkeitsrechten"⁸⁾. Es wiederholte sich hier die gleiche Entwicklung, die schon H.Isay im Jahr 1928⁹⁾ beim RG gerügt hatte: die Gefährdung der Normen des gewerblichen Rechtsschutzes durch § 1 UWG.

4) GRUR 1966, 30, 32 - Konservenzeichen I.

5) GRUR 1965, 601, 605 - roter Punkt.

6) In der Literatur hat nur Pehle, MA 1966, 245, 246 diese Haltung der Rechtsprechung mit Verständnis gewürdigt - wohl aus der Sicht des Praktikers. Heydt nimmt in seiner Anmerkung zu diesem Urteil, GRUR 1966, 33 zu dieser Umkehrung der Prioritäten nicht Stellung.

7) Anm. zum "Centra"-Urteil, GRUR 1966, 43, 45.

8) Dazu auch kritisch v.Gamm, WZG, Einf. Anm. 81 und Reimer-v.Gamm, 29. Kap., Anm. 6 ff.; Schroeter, WRP 1968, 125 ff., 435 ff.; D.Reimer, Festschrift Wendel, 98 ff., 109; Ulmer-Reimer, Nr. 259 ff.; zum ganzen auch v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 133 ff.

9) GRUR 1928, 71 ff., 421 ff.

In Erkenntnis dieser Gefahr - und wohl auch auf die Kritik der Literatur hin - rückte der BGH in einem obiter dictum von dieser Rechtsprechung wieder ab. In der Entscheidung vom 4.11.1966¹⁰⁾ - skai cubana - werden die vorgenannten Urteile der Fälle "Centra", "Roter Punkt" und "Konservenzeichen I" als Entscheidungen in Sonderfällen bezeichnet, die nicht dahin zu verstehen seien, daß künftig über § 1 UWG "Ersatz-Ausschließlichkeitsrechte" begründet werden könnten, ohne daß zu prüfen sei, ob die Grenzen des Sonderschutzes eingehalten seien¹¹⁾. In Fortsetzung dieser neuen Linie enthalten auch die weiteren Urteile¹²⁾ Wendungen dahin gehend, daß wettbewerbsrechtliche Ansprüche erst dann von ausschlaggebender Bedeutung seien, wenn kennzeichenrechtliche Ansprüche mangels Verwechslungsgefahr ausscheiden müßten. Ob das Warenzeichenrecht noch weitere Schranken für die Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel enthält, bleibt offen. Im letzten hierzu einschlägigen Urteil vom 5.3.1971¹³⁾ geht der BGH ohne weitere Erläuterungen erst nach ausführlicher Prüfung der zeichenrechtlichen Anspruchsgrundlagen auf die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche ein.

Noch deutlicher wird die Umkehr der Rechtsprechung im Urteil des OLG Hamburg vom 29.4.1971¹⁴⁾, dem rechtskräftigen Endurteil zur Entscheidung des BGH vom 9.7.1965¹⁵⁾. In der Revisionsentscheidung war vom BGH, nach umfangreicher Darlegung zum wettbewerbsrecht-

10) GRUR 1967, 315, 317.

11) Daß aus § 1 UWG ein dem absoluten Ausschließlichkeitsrecht sehr nahekommendes Recht hergeleitet werden kann, zeigen die Entscheidungen des BGH v.8.10.1971, GRUR 1972, 189 - Wandsteckdose II und BGH v.19.1.1973, GRUR 1973, 478 - Moderneuheit - mit Anm. U.Krieger.

12) BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371, 377 - Maggi, m.Anm.Hefermehl; BGH v.12.7.1967, GRUR 1968, 581, 585 - Blunazit, m.Anm.Hefermehl; BGH v.26.6.1968, GRUR 1969, 190, 191 - Halazon, m.Anm. Hefermehl.

13) GRUR 1971, 305 - Konservenzeichen II.

14) GRUR 1972, 185 - Roter Punkt.

15) GRUR 1965, 601 - Roter Punkt.

lichen Kennzeichenschutz, dem Berufungsgericht empfohlen worden, für den Fall umfangreicher, kostspieliger und zeitraubender Beweisaufnahme über die Frage der Verkehrsgeltung der angegriffenen Kennzeichnung die Klageansprüche der Einfachheit halber unter dem Gesichtspunkt der wettbewerbswidrigen Annäherung zu überprüfen. Das so angewiesene Gericht hat den Rat dankenswerterweise nicht befolgt, sondern richtigerweise die Klageansprüche in erster Linie nach zeichenrechtlichen Gesichtspunkten überprüft, obwohl eine kostspielige Meinungsumfrage zur Frage der Verkehrsgeltung erforderlich war¹⁶⁾. Da die Klage unter dem Gesichtspunkt der Ausstattungsverletzung Erfolg hatte, heißt es zum wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz nur noch lapidar, daß "nicht mehr geprüft zu werden (brauche), ob die Ansprüche der Klägerin auch aus § 1 UWG gegeben sind".

Damit scheint die Gefahr einer Fehlentwicklung¹⁷⁾ gebannt, die dazu geführt hätte, der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel den Vorrang auf zeichenrechtlichem Gebiet einzuräumen und damit eine sichere Überforderung der Blankettnorm bewirken würde. Allerdings hat die Rechtsprechung - außer dem allerdings sehr praktischen Gesichtspunkt der Arbeitserleichterung¹⁸⁾ - niemals eine ausführlichere Begründung für die eine oder andere Auffassung über das Verhältnis zwischen den zeichenrechtlichen Schutznormen und der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel gegeben. Der allgemeine Satz, daß außerhalb der Sondergesetze eine Wettbewerbshandlung nur unter besonderen Umständen sittenwidrig sei, kann schwerlich als eine solche dienen.

16) Vgl. OLG Hamburg v.29.4.1971, a.a.O., 187.

17) Vgl. dazu v.Falck, Anm.z. Centra-Urteil, GRUR 1966, 45; Schroeter, WRP 1968, 125,435; D.Reimer, Festschrift f.Wendel, 98 ff.

18) Vgl. den eben erwähnten Fall und BGH v. 4.1.1963, GRUR 1963, 423, 428 - coffeinfrei; BGH v.17.3.1965, GRUR 1966, 38,43 - Centra; BGH v.14.4.1965, GRUR 1966, 30,32 - Konservenzeichen I; auch LG Düsseldorf v.15.1.1969, WRP 1969, 462 - Werbematerial: Der Unterlassungsanspruch ist schon aus § 1 UWG gerechtfertigt, etwaige weitere Anspruchsgrundlagen bedürfen keiner Erörterung.."

2. Stellungnahme der Literatur

- a) Nur wenige Stimmen im Schrifttum haben die Rechtsprechung zum grundsätzlichen Verhältnis von zeichenrechtlichem Sonderschutz und Wettbewerbsrecht unkritisch aufgenommen. Zu ihnen gehören Hoepffner¹⁹⁾ und Pehle²⁰⁾ sowie Heydt²¹⁾, die die Entscheidungen als folgerichtige Fortsetzung der Rechtsprechung über die Unzulässigkeit der Nachahmung geschäftlicher Kennzeichen bezeichnen.
- b) Daß dies nicht so ist, bezeugt die Vielzahl kritischer Stellungnahmen. Als einer der ersten wandte sich v.Falck²²⁾ gegen die Auffassung des BGH. Wenn schon die bloße nichtverwechslungsfähige Annäherung an fremde Kennzeichnungen in Annäherungs- und Verwechslungsabsicht zur Verurteilung nach § 1 UWG ausreiche, so gelte dies erst recht für die Verwendung verwechslungsfähiger Kennzeichnungen unter den gleichen subjektiven Bedingungen: Es entstehe ein Ersatz-Kennzeichenrecht. Ausführlich behandelt auch Schroeter²³⁾ das Problem. Er hebt hervor, daß bei der anfänglichen Rechtsprechung des BGH die wettbewerbsrechtliche Generalklausel nicht zur Ausfüllung eines "sonderrechtsleeren Raumes" verwendet wurde, wie dies bei der Anwendung der Grundsätze zur sklavischen Nachahmung auf Warengestaltungen der Fall sei. Vielmehr diene § 1 UWG bei der Anwendung auf reine Kennzeichensachverhalte dazu, den bestehenden Sonderrechtsschutz seinem Umfang nach auszuweiten. Dies liefe im Ergebnis der im Zeichenrecht gesetzlich angeordneten Beschränkung des Zeichenschutzes zuwider²⁴⁾. Dieses Argument des gestörten Systemzu-

19) Anm. zu BGH "coffeinfrei", GRUR 1963, 429.

20) MA 1966, 245, 254 mit Einschränkungen.

21) Anm. zu BGH "Quick", GRUR 1959, 188; ders., Anm. zu BGH "Konservenzeichen I", GRUR 1966, 35.

22) Anm. zu BGH "Centra", GRUR 1966, 43.

23) WRP 1968, 125 ff., 435 ff.

24) Schroeter, a.a.O., 126.

sammenhangs zwischen Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht verwenden auch andere²⁵⁾, um vor einer Überbewertung der BGH-Rechtsprechung zu warnen und vor allem, um den Anwendungsbereich des WZG zu erhalten und damit dem Gebot der Rechtssicherheit zu dienen²⁶⁾. Dennoch ist nicht damit zu rechnen, daß künftig keine Anwendung dieser Grundsätze zum ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz mehr erfolgen wird²⁷⁾.

3. Eigene Stellungnahme

- a) Die ursprüngliche Auffassung des BGH, daß § 1 UWG als grundsätzlich gleichberechtigte Norm auf dem Gebiet des Zeichenrechts anwendbar ist, führt in der Tat zu unhaltbaren Ergebnissen.

Da unbestrittenerweise die wettbewerbliche Generalklausel die Beurteilung einer Handlung nach Anlaß, Zweck, Mittel, Begleitumständen und Auswirkungen²⁸⁾ erlaubt und damit im höchsten Maße flexibel ist, wird mit ihr auch ein Höchstmaß an Fallgerechtigkeit erreicht. Das insofern entgegenstehende Bedürfnis nach Rechtssicherheit hat aber bereits bei der Generalklausel zur Aufstellung einzelner Fallgruppen²⁹⁾ und für das Zeichenrecht nach langen Auseinandersetzungen zu einer formalen Festlegung der Schutzvoraussetzungen geführt³⁰⁾. Das Verlangen nach Rechtssicherheit war es auch, das in England und Amerika eine

25) Ulmer-Reimer, RdNr.259 a.E.; v.Gamm, WZG, Einf. Anm.81 und Reimer-v.Gamm, 29.Kap., RdNr.34; Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm.163; § 1 UWG, 393; Hefermehl, Anm. zu BGH "Halazon", GRUR 1969, 193; vgl. auch Beier, GRUR 1967, 628, 631.

26) So dann ausdrücklich BGH v.26.6.1968 - GRUR 1969, 190, 191 - Halazon.

27) So auch U.Krieger, Anm. zu BGH "Konservenzeichen II", GRUR 1971, 309.

28) Vgl. z.B. v.Gamm, WRP 1958, 368.

29) Dazu im einzelnen später, unten S. 111.

30) So Amtl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen v. 1893, Bl.f.PMZ 1894/95, 27, 34.

Kodifizierung der im "case law" entstandenen Schutzvoraussetzungen veranlaßte³¹⁾. Auch die Entwicklung zur Anerkennung eines zeichenrechtlichen Schutzes der Ausstattung zeigt deutlich dieses Streben nach Rechtssicherheit im Zeichenrecht; für die Wandlung der Anschauung zur Beurteilung der Warengleichartigkeit war das Gebot der Vorausberechenbarkeit die eigentliche Begründung³²⁾. All dies zeigt deutlich den hohen Stellenwert an, der allgemein der Rechtssicherheit im Zeichenrecht beige-messen wird. Er würde mit der Zulassung eines völlig unabhängigen wettbewerbsrechtlichen Schutzes zunichte gemacht. Denn die formalen und festen Tatbestände des WZG, die ja nach herrschender Meinung im Lichte des Wettbewerbsrechts gesehen werden müssen - wie sich dies für die Begriffe Warengleichartigkeit, Verwechslungsgefahr und Verkehrsgeltung durchgesetzt hat -, würden nicht mehr als Grenzen des Sonderrechtsschutzes aufgefaßt, sondern unter dem Gesichtspunkt des unlauteren Handelns nur noch eine Art Voraus-tatbestand zur Ermittlung der Unlauterkeit darstellen, die wiederum von einer weiteren Vielzahl objektiver und subjektiver Umstände abhängt. Dieser relative Schutz von Kennzeichnungen würde die Verteidigung von Zeichenrechten erheblich erschweren und - wegen der Anforderungen an Beweispflicht und -führung - erheblich verteuern.

Damit ist der zweite Gesichtspunkt angesprochen: der einer Entwertung des formalen Kennzeichenrechts. Kein Gewerbetreibender würde sich der Mühe und Kosten eines Eintragungs- und Widerspruchsverfahrens für Warenzeichen unterziehen, wenn er einen effektiven Schutz gegen Beeinträchtigungen mit der Wettbewerbsklage bereits vor Erreichen der formalrechtlichen Grenzen zugesprochen erhalten kann. Wie es v.Falck sehr plastisch ausdrückt, würde ein "grauer Schutzbereich" geschaffen, mit der Wettbewerbsklage eine Art Ersatz-Kennzeichenschutz erreicht³³⁾.

31) Dazu oben S.27.

32) Vgl. Heydt, MittBl.1954, 81; Baumbach-Hefermehl, § 5 WZG, Anm.49 m.w.N.

33) v.Falck, Anm. zu BGH "Centra", GRUR 1966, 43, 44.

Daß damit ein Zustand eintreten würde, der bereits von Isay³⁴⁾ als eine Gefährdung der Sonderschutzgesetze angeprangert wurde, ist bereits dargelegt worden. Die vom Gesetzgeber des Warenzeichengesetzes getroffene generelle Abwägung von Einzel- und Allgemeininteressen mit den Erfordernissen der Rechtssicherheit und -klarheit³⁵⁾ würde einer am Einzelfall orientierten Interessenabwägung unterliegen.

- b) Daneben besteht noch ein weiteres Argument: das der mangelnden Vergleichbarkeit von gewerblichen Sonderschutzgesetzen, wie z.B. dem Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz und Geschmacksmustergesetz und dem formellen Zeichenrecht, die es nicht erlaubt, Grundsätze zur sklavischen Nachahmung von Gegenständen ohne weiteres auf das Zeichenrecht anzuwenden.

Wie mehrfach bereits gesagt, hat das Warenzeichengesetz eine seiner Wurzeln in dem Bestreben, den Verkehr wenigstens mittelbar vor Irreführungen zu bewahren, ihn vor Unredlichkeit und unlauterem Wettbewerb zu schützen³⁶⁾. Dieser wettbewerbliche Bezug des formalen Zeichenrechts führte daher unabweisbar zur verstärkten Berücksichtigung wettbewerblicher Vorgänge und Wertungen im Bereich des WZG und verstärkte seine Bedeutung als Schutz von Unterscheidungs- und Zuordnungsmerkmalen für Unternehmer im Wettbewerb.

Demgegenüber haben die gewerblichen Schutzrechte von Anfang an den Charakter von Belohnungen für privaten Fleiß und Mühe in Form eines ausschließlichen, zeitlich begrenzten Ausbeutungsrechts der Ergebnisse³⁷⁾: die von ihnen erfaßten Schutzgegen-

34) GRUR 1928, 71, 421.

35) Vgl. Amtl. Begründung in Bl.f.PMZ 1894/95, 25 ff.

36) Vgl. Amtl. Begründung in Bl.f.PMZ 1894/95, 25, 27; gleiches gilt für das ausländische Zeichenrecht, vgl. Kerly, Anm. 1-08 für das englische Warenzeichenrecht; in den USA beruht auch das Registerrecht nur auf den wettbewerbsrechtlichen Grundlagen, vgl. Callmann, § 97.3, S. 582 ff. m.w.N. für Frankreich vgl. Ulmer-Krasser, Nr. 205f; für Italien vgl. Ulmer-Schricker, Nr. 1 ff.; vgl. oben 3. Kapitel.

37) Vgl. STroh, 3 ff., 12, 13.

stände tragen den Schutzgrund in sich selbst verkörpert. Die technischen Ergebnisse, der ästhetische Gegenstand, das Kunstwerk: sie sind wegen ihrer selbst nach den Sondergesetzen schützenswert. Demgegenüber sind kennzeichnende Merkmale geschützt, weil der Verkehr mit ihnen Herkunfts- und Gütevorstellungen verbindet; ihr Schutzzweck liegt in ihrer Wirkung, nicht in dem von ihnen verkörperten Leistungsergebnis³⁸⁾.

Diese unterschiedliche Schutzbegründung schlägt auch bei der Schutztechnik und besonders bei der wettbewerblichen Beurteilung durch. Während die Sonderschutzrechte zeitlich begrenzt verliehen werden³⁹⁾ und ihr sachlicher Schutzbereich auf den Gegenstand selbst⁴⁰⁾ oder aufgrund einer objektivierten Betrachtungsweise anhand des offenbarten Erfindungsgedanken auf Äquivalente begrenzt ist⁴¹⁾, berücksichtigt das Zeichenrecht in weitem Maß für den Schutzzumfang des Zeichenrechts Vorstellungen - auch Fehlvorstellungen - der beteiligten Verkehrskreise⁴²⁾. Zu Recht wird daher die Grenze innerhalb des gewerblichen Rechtsschutzes gezogen zwischen den Sonderschutzgesetzen als einem Schutz der schöpferischen Leistung einerseits und andererseits dem allgemeinen Wettbewerbsrecht, als dessen formalisierter Teil sich das WZG darstellt. Diese berechnete Grenzziehung wird mißachtet, wenn der BGH die gleichen Grundsätze zur Ergänzung der Sonderschutzrechte wie des Zeichenrechts anwendet. Denn die Schutzergänzung aus § 1 UWG für schöpferische Leistungen verbreitert deren Schutzbereich auf den des Herstellers und des Unternehmers gegen unlauteren

38) Vgl. zum ganzen Nerreter, GRUR 1957, 415 m.w.N.; Baumbach-Hefermehl, UWG, Allgemeines, Anm.93, 94.

39) So z.B. § 10 PatG.

40) Für das Patentrecht vgl. Benkard, § 6, Anm.106.

41) Vgl. für das Patentrecht Benkard, Anm.66 ff., 88, 139 ff.

42) Vgl. dazu Baumbach-Hefermehl, UWG, Allgemeines, Anm.93 ff.; dies., WZG Einl., Anm.19 m.w.N.

Wettbewerb⁴³⁾. Dagegen liegt im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht bereits ein Schutz zugunsten des Herstellers und Unternehmens gegen unlauteren Wettbewerb vor, der im WZG an die Einhaltung von gesetzlichen Grenzen gebunden wurde. Stark vereinfacht läßt sich sagen, daß die gewerblichen Sonderschutzrechte in ihrer Zielrichtung dem einzelnen Rechtsinhaber eine Erweiterung seiner Befugnisse durch eine Rechtsgewährung beschränkter Art bringen. Demgegenüber ist das allgemeine Wettbewerbsrecht - und mit ihm das WZG - restriktiver Natur, weil nicht die Belohnung für eine Schöpfung im Vordergrund steht, sondern die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs mittels Täuschung der Abnehmer⁴⁴⁾. Dieser restriktiven Schutzrichtung des WZG widerspricht daher die Anerkennung einer allgemeinen und unbeschränkten Anwendbarkeit der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel auf zeichenrechtliche Sachverhalte. Die Gegenmeinung von Baumbach-Hefermehl⁴⁵⁾, wonach es nicht auf den Gegenstand der Nachahmung, sondern auf das Verhalten des Nachahmers allein ankomme, überzeugt nicht, weil auch für die Beurteilung eines Verhaltens die tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen sind, somit auch der Gegenstand der Nachahmung für die notwendige Gesamtbeurteilung aller Umstände mit herangezogen werden muß⁴⁶⁾.

- c) Die Auffassung des BGH wurde überdies zu einer Überspielung zeichenrechtlicher Eigenwerte führen⁴⁷⁾. Denn der Formzwang des Registers ist nicht allein im Interesse des Zeicheninhabers

43) Schroeter, WRP 1968, 125, 126 spricht von Ausfüllung eines sonderrechtsleeren Raumes, dem er die Ausweitung eines Sondergesetzes gegenüberstellt.

44) Vgl. Baumbach-Hefermehl, UWG, Allgemeines, Anm.95, 101; dies., WZG Einl., Anm.18, 19 m.w.N.

45) § 1 UWG, Anm.393.

46) Vgl. in diesem Sinne gerade auch Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.372.

47) Dazu grundlegend Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, passim.

geschaffen. Anhand der Eintragung können Wettbewerber Entstehungszeitpunkt und Fortbestand dieser formalen Berechtigung überprüfen; sie können sich über den Umfang entgegenstehender Zeichenrechte rasch und umfassend unterrichten und die Anzahl bereits "besetzter" Kennzeichnungen feststellen⁴⁸⁾. Die Registereintragung dient daher im hohen Maß dem Grunderfordernis der Vorhersehbarkeit und Vorausberechenbarkeit von wirtschaftlichen Entscheidungen einerseits und der Kontrolle rechtlicher Entscheidungen andererseits. Die Abwägung dieser allgemeinen Interessen gegen die Schutzinteressen des Zeicheninhabers⁴⁹⁾ hat der Gesetzgeber im Warenzeichengesetz für den Regelfall bereits vorgenommen. Es braucht hier bloß auf die gesetzliche Regelung des § 4 Abs.2 Nr.1, Abs.3 WZG hingewiesen zu werden, um ein Beispiel zu geben. Eine Umgehung der gesetzlichen Wertung träte aber ein, wenn der vom Gesetzgeber im Vollzug dieser Wertung begrenzte Schutzbereich unter Anwendung der Generalklausel völlig unbeachtet bliebe⁵⁰⁾.

II. Die einzelnen Fallgruppen: Konflikte und Lösungsmöglichkeiten

Vorbemerkung

Für den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz von Warenkennzeichen sind zwei generelle Sachverhaltskonstellationen denkbar. Einmal besteht die Möglichkeit, daß eine Warenbezeichnung keinen zeichenrechtlichen Schutz genießt, weil die Entstehungsvoraussetzungen hierfür nicht erfüllt sind. Dies kann

48) Vgl. Beier, GRUR 1967, 628, 631, diese Beweggründe waren ausschlaggebend für die Schaffung des Zeichenregisters in Großbritannien, vgl. oben S.27, wie auch für die Einführung des deutschen Zentralregisters, vgl. Bl.f.PMZ 1894/95, 27.

49) Dazu unten 3. Teil.

50) Ebenso Pehle, MA 1966, 245, 254; BGH v.30.5.1969, GRUR 1970, 31, 33 - Heinkelmannchen, für das Verhältnis zwischen § 16 WZG und § 25 WZG.

entweder auf fehlende Eintragungs- oder Ausstattungsfähigkeit⁵¹⁾ oder darauf beruhen, daß ein als Marke geeignetes Kennzeichen nicht eingetragen ist oder nicht die im Verkehr erforderliche Anerkennung nach § 25 WZG gefunden hat. Im letzteren Fall ist noch die Unterscheidung nach dem räumlichen oder personellen Umfang dieser Verkehrsanerkennung zu machen.

Andererseits kann eine Anwendung des § 1 UWG in Betracht kommen, obwohl ein Schutz nach dem WZG möglich wäre, weil grundsätzlich alle Entstehungsvoraussetzungen des zeichenrechtlichen Schutzes gegeben sind, in denen aber die Rechtsfolgevoraussetzungen des Zeichenrechtsschutzes nicht erfüllt sind. Hier kommt in Betracht die nicht zeichenmäßige oder nicht verwechslungsfähige Verwendung kennzeichnender Merkmale, auch fällt Zeichenverwendung außerhalb des Warengleichartigkeitsbereichs hierunter.

Im ersteren Fall geht es darum, ob bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung Sachverhalte berücksichtigt werden können, die dem auf möglichste Rechtssicherheit abstellenden WZG noch nicht zur Schutzgewährung genügen. Hierunter ist das Problem des Schutzes der Ausstattungsanwartschaft wie auch die Berücksichtigung ausländischer Benutzungshandlungen für inländische Sachverhalte einzuordnen.

Im zweiten Fall ergibt sich die Frage, ob mit Hilfe der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel Handlungen untersagt werden können, die - zumindest nach dem Wortlaut der warenzeichenrechtlichen Regelungen - erlaubt erscheinen. In beiden Fällen geht es vor allem um die Berücksichtigung der zeichenrechtlichen Wertungen im Rahmen des § 1 UWG.

51) Zum Problem des Freihaltebedürfnisses für Warenzeichen und Ausstattungen vgl. Pluta, Mitarbeiterfestschrift für E.Ulmer, 257.

§ 1 UWG als Blankettnorm bietet dem Richter auf der Rechtsvoraussetzungsseite eine Ermächtigung zur Bildung des Obersatzes⁵²⁾, aus dem er die Rechtsfolge "Unterlassungsgebot" und "Schadensersatz" herleiten kann. Als einziger Maßstab steht ihm hierbei der Begriff der guten Sitten zur Verfügung, der in seiner Unbestimmtheit für die Rechtsfindung wirkungslos bleibt. Der Begriff bedarf für die Rechtsanwendung der Präzisierung, die notwendig Wertung zum Inhalt hat⁵³⁾. Diese Konkretisierung - von Hedemann bereits als gesetzestretende Rechtsfindung bezeichnet -⁵⁴⁾ hat der BGH für die wettbewerbswidrige Nachahmung von kennzeichnenden Merkmalen durch die Übernahme der Fallgruppen des RG zur sklavischen Nachahmung vollzogen.

Im folgenden sollen daher zunächst die Lösungsansätze des BGH dargestellt und dazu Stellung genommen werden.

III. Wettbewerbsrechtlicher Schutz bei fehlenden Entstehungsvoraussetzungen des Zeichenschutzes

1. Die Rechtsprechung

Im "coffeinfrei"-Urteil vom 4.1.1963⁵⁵⁾ wandte der BGH erstmals die Grundsätze zum Schutz gegen sklavische Nachahmung einer nicht unter Sonderschutz stehenden Warengestaltung auf ein

52) Engisch, Einführung, 118 f.; Baumbach-Hefermehl, Einleitung, Anm.116.

53) Eine Subsumtion im logischen Sinn ist unter den unbestimmten Rechtsbegriff nicht möglich, vgl. auch Grunwald, 6. Jedoch sind die Übergänge zwischen Subsumtion und Wertung fließend, vgl. Leenen, passim; Larenz, Methodenlehre, 254 ff.; Engisch, Einführung, 126, 199 Fußn.47, sieht eine Verwandtschaft zwischen beiden; gemeinsames Element ist jedenfalls Wertung.

54) Hedemann, 65 ff.; ähnlich Engisch, Einführung, 136; zu dem Konkretisierungsmodell des juristischen Obersatzes in eindrucksvoller Klarheit und Knappheit vgl. Grunwald, 4 ff.

55) GRUR 1963, 423 m. Anm. Hoepffner.

reines Kennzeichnungsmittel an. Für den wettbewerbsrechtlichen Tatbestand bilde ebenso wie bei der sklavischen Nachahmung die Möglichkeit einer Verwechslung der Herkunftsstätten, die durch die Annäherung der Kennzeichnungsmittel hervorgerufen werde, ein wesentliches Anzeichen für das Vorliegen einer unzulässigen Nachahmung; dabei genüge - wie bei Zeichen- und Ausstattungsverletzungen - , daß der Verkehr geschäftliche oder organisatorische Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen vermute. Eine solche sei bereits dann möglich und gegeben, wenn charakteristische und einprägsame Einzelelemente einer Aufmachung nachgeahmt würden, vor allem dann, wenn sie vom Inhaber der nachgeahmten Kennzeichnung besonders lang ausschließlich benutzt worden seien. Das Kennzeichnungselement müsse eine natürliche Hinweiskraft und einen gewissen Grad an Bekanntheit erlangt haben⁵⁶⁾. Die mit der Vermutung eines geschäftlichen Abhängigkeitsverhältnisses verbundene Ausnutzung oder sonstige Beeinträchtigung des Rufes, die für § 1 UWG genügen würde, sei nicht nur beim Gesichtspunkt der sogenannten Verwässerungsgefahr zu beachten, sondern - unter den Voraussetzungen der Warengleichheit oder -gleichartigkeit - auch bei Kennzeichen mit normaler Kennzeichnungskraft möglich, sofern nach den Gesamtumständen ein unlauteres Verhalten des Nachahmers vorliege. Neben diesen genannten objektiven Tatbestandsmerkmalen müsse aber auch ein in subjektiver Hinsicht verwerfliches Verhalten vorliegen, um die Nachahmung zur unlauteren zu machen. Dabei sei die Planmäßigkeit der Nachahmung nur einer der denkbaren Umstände, mit denen die Unlauterkeit begründet werden könne. Beim Tatbestand der wettbewerbswidrigen "sklavischen Nachahmung" seien es vor allem die bewußte Annäherung an die fremde Gestaltung und die zumindest leichtfertige Hinnahme der Verwechslungsgefahr oder Rufbeeinträchtigung, die eine Unlauterkeit der Nachahmungshandlung begründeten⁵⁷⁾. Im Rahmen einer Würdigung des Gesamtverhaltens

56) BGH v.4.1.1963, a.a.O., 428 r. Sp.

57) BGH v.4.1.1963, a.a.O., 1. Sp.

sei aber auch das Abweichen von einer bisher verwendeten andersartigen Kennzeichnung und Hinwenden zu anderen Kennzeichen zu würdigen und von der Beklagten zu erklären sowie zu berücksichtigen, daß ein Ausweichen auf völlig andere Aufmachungen angesichts der Fülle möglicher Kennzeichnungen zumutbar erscheine.

Im "Halazon"-Urteil vom 26.6.1968⁵⁸⁾ heißt es dann einschränkend, im Fall mangelnder Verkehrsgeltung und damit Entstehungsvoraussetzung für einen kennzeichenrechtlichen Schutz der Ausstattung sei Zurückhaltung bei der Bejahung eines Sittenverstoßes i.S. § 1 UWG geboten. Im einzelnen macht der BGH einen wettbewerbsrechtlichen Schutz davon abhängig, daß objektiv die angegriffene Kennzeichnung in den beteiligten Verkehrskreisen in gewissem Umfang bekannt geworden und ihrer Natur nach geeignet ist, als betriebliches Herkunftszeichen zu wirken. In subjektiver Hinsicht bedarf es des Nachweises, daß die Anlehnung an eine solche Kennzeichnung ohne hinreichenden Grund in der verwerflichen Absicht vorgenommen worden ist, Verwechslungen herbeizuführen oder den Ruf der anderen Ware zu beeinträchtigen oder auszunutzen; ausreichend ist aber auch, wenn Verwechslungen oder Beeinträchtigungen des fremden Rufs leichtfertig in Kauf genommen werden.

Für die objektive Tatbestandsseite dürften jedoch die Anforderungen an den Grad der Verkehrsbekanntheit und an die Originalität und damit an die Kennzeichnungseignung als Herkunftshinweis nicht gering bemessen werden, auch dürfe nicht ohne besonderen Anhaltspunkt aus dem objektiven Tatbestand der Annäherung oder aus der Kenntnis der fremden Kennzeichnung ohne weiteres auf eine verwerfliche Absicht geschlossen werden. Dem fügt der BGH die Mahnung bei, andernfalls würden die im Interesse der Rechtssicherheit zu beachtenden Grenzen des § 25 WZG in bedenklicher

58) GRUR 1969, 190 m.Anm. Hefermehl.

WEise verwischt und ausgeweitet⁵⁹⁾. In Ausführung dieser Grundsätze erkennt der BGH in der Konservenzeichen II-Entscheidung⁶⁰⁾ zwar für die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts eine Ausstattungsanwartschaft an der graphischen Ausgestaltung eines schwarzen Querbalkens als Untergrund für einen Namenszug in weißer Negativschrift unabhängig vom konkreten Namenszug an. Auch wurde eine objektiv erkennbare Annäherung der Beklagten mit ihrem Kennzeichen festgestellt. Jedoch wurde eine unlauterkeitsbegründende subjektive Annäherungsabsicht der Beklagten verneint, da sie objektive Gründe für ihre Zeichenabänderungen gehabt habe. Diese lagen darin, bessere Kontrastwirkungen für die Fernsehwerbung durch Übergang auf eine dunkle Farbe zu erzielen, ferner konnte die Beklagte geltend machen, aus Gründen des Zeitgeschmacks auf Schnörkel und Wellenlinien verzichtet zu haben. Auch war der Beklagten zu diesem Zeitpunkt noch nicht bekannt, daß die Klägerin Ausstattungsschutz für ihre graphische Gestaltung beanspruche. Ein wettbewerbsrechtlicher ergänzender Schutz der Merkmale wurde daher ebenso wie ein zeichenrechtlicher Schutz abgelehnt⁶¹⁾.

2. Stellungnahmen der Literatur

In der Literatur wurde die Rechtsprechung zur Anwendung des § 1 UWG zum Schutz von "Ausstattungsanwartschaft" als Klarstellung begrüßt⁶²⁾. So wurde vor allem die Einschränkung des ergänzenden wettbewerblichen Kennzeichenschutzes im "Halazon"-Fall⁶³⁾ als sachlich gerechtfertigt und rechtssystematisch

59) BGH v.26.6.1968, a.a.O., 191 r.Sp.

60) BGH v.5.3.1971, GRUR 1971, 305 m.Anm. U.Krieger.

61) BGH v.5.3.1971, a.a.O., 308, 309.

62) Vgl. Körner, BB 1968, 1064; Schroeter, WRP 1968, 435; ders., WRP 1968, 125 noch sehr kritisch; Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, 103; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 33.

63) BGH v.26.6.1968, Fußn. 58, a.a.O.

notwendig bezeichnet⁶⁴⁾. Damit habe der Schutz noch nicht im Verkehr durchgesetzter Kennzeichen den ihm zustehenden Platz zugewiesen erhalten, auch sei dadurch eine zu häufige Beiziehung des Wettbewerbsschutzes für Fälle fehlenden Zeichenschutzes, gleich aus welchen Gründen, verhindert worden⁶⁵⁾.

3. Eigene Stellungnahme

- a) In der Tat kann die Klarstellung des BGH im "Halazon"-Fall nur begrüßt werden, wenn auch noch einige Unklarheiten bleiben.

So ist vor allem noch offen, welcher Grad an Verkehrsbekanntheit im Inland der ungeschützten Kennzeichnung zukommen muß, um von einer "Anwartschaft" sprechen zu können. Im "coffeinfrei"-Urteil⁶⁶⁾ spricht der BGH von einem "gewissen Grad von Bekanntheit", vertritt diese Meinung ebenso im "Halazon"-Urteil, wo er aber zusätzlich verlangt, die Anforderungen an den Grad der Verkehrsbekanntheit - "im Interesse der Rechtssicherheit" - nicht zu gering zu bemessen⁶⁷⁾. Körner⁶⁸⁾ geht von einer verkehrsbekannten ausländischen Marke oder Ausstattung aus, die eingeführt werden soll oder die in inländischen Fachkreisen bekannt ist, während Schroeter⁶⁹⁾ einen Bekanntheitsgrad voraussetzt, der nur knapp unter der Schwelle der Verkehrsgeltung liegt. V.Gamm fordert dagegen⁷⁰⁾ eine Verkehrsbekanntheit, die über derjenigen i.S. der Verwirkungslehre liege, weil - im Gegensatz zu dieser - nicht nur ein Weiterbenutzungsrecht, sondern

64) Vgl. Schroeter, WRP 1968, 435; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 139, 140 f.

65) Vgl. Körner, BB 1968, 1064, 1065; Schroeter, WRP 1968, 435, 436.

66) BGH v.4.1.1963, GRUR 1963, 423, 428.

67) BGH v.26.6.1968, GRUR 1969, 190, 191.

68) BB 1968, 1065.

69) WRP 1968, 125, 127; ders., WRP 1968, 435.

70) WZG, Einführung, Anm.86.

ein Ausschlußrecht, wenn auch nur relativ, gewährt werde. Die Schwierigkeit liegt nun wieder darin, daß die Meinungen über den Kreis der Verkehrsgeltung i.S. der Verwirkungslehre auseinandergehen. Die Rechtsprechung forderte zuletzt einen Besitzstand von beachtlichem Wert, der aber nicht mehr der vollen Verkehrsgeltung i.S. des § 25 WZG gleichzustellen sei⁷¹⁾. An der vollen Ausstattungsverkehrsdurchsetzung im Rahmen des Verwirkungseinwands hält dagegen Baumbach-Hefermehl fest⁷²⁾. So ist damit zwar die obere Grenze dieses Besitzstandes mit der Verkehrsgeltung des § 25 WZG hinreichend genau zu bestimmen. Dagegen bleibt unbestimmt, wo die untere Grenze des Bekanntheitsgrades angenommen werden kann, von der aus gesagt werden kann, daß die Kennzeichnung im Begriff ist, sich im Verkehr durchzusetzen⁷³⁾. Der BGH sagt zwar, daß die Anforderungen nicht zu gering zu bemessen seien, unterläßt aber eine Grenzziehung. Schroeter⁷⁴⁾ will auch die untere Grenze in unmittelbarer Nähe der Verkehrsgeltung ziehen, während Körner⁷⁵⁾ eine Abgrenzung unterläßt. Auch D. Reimer⁷⁶⁾ nimmt zum Problem nur pauschal Stellung, ohne auf Einzelheiten einzugehen.

- b) Grundsätzlich geht es bei dieser Frage um die Bestimmung der Schutzwürdigkeit der angegriffenen Merkmale. Denn auch wenn die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ein Verhalten zum Gegenstand hat, so kann doch die Beurteilung dieses Verhaltens nicht ohne Berücksichtigung sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalles betrachtet werden, wobei objektive und subjektive Gegebenheiten zu berücksichtigen sind.

71) BGH v.15.6.1956, BGHZ 21, 78 - Hausbücherei; BGH v.2.10.1959 GRUR 1960, 137 - Astra; vgl. dazu auch Ulmer, ZHR 1951, 43, 51.

72) UWG, Einl., Anm.348, 374.

73) So BGH v.26.6.1968, GRUR 1969, 190, 191 - Halazon.

74) WRP 1968, 125, 128, 435.

75) BB 1968, 1064.

76) Festschrift Wendel, 110.

aa) Die objektive Schutzwürdigkeit kennzeichnender Merkmale im Hinblick auf den Schutz der Ausstattungsanwartschaft ist vom formalen Zeichenrecht in zweifacher Weise vorgeprägt: einmal durch den Schutz unterscheidungskräftiger, einprägsamer und charakteristischer Merkmale mit Hilfe der Eintragung, zum anderen durch den Schutz der im Verkehr erlangten Verkehrsgeltung. Im Hinblick auf die Unterscheidungskraft der einzelnen Merkmale der Aufmachung können die gleichen Grundsätze herangezogen werden, wie sie im Rahmen der Beurteilung der Kennzeichnungskraft i.S. § 31 WZG verwendet werden⁷⁷⁾. Hierbei sind nicht nur besondere graphische oder optische Gestaltungen zu berücksichtigen, sondern auch die Ausstattungsfähigkeit von Aufmachungen⁷⁸⁾. Es handelt sich hierbei um die parallel zu § 4 Abs.2 Nr.1, Abs.3 WZG zu beurteilende Frage der Ausstattungsfähigkeit und damit letztlich um die Abgrenzung zwischen Freihaltebedürfnis und Schutz des wettbewerblichen Besitzstandes⁷⁹⁾.

Was den Aspekt der Verkehrsgeltung angeht, so kann ein rechtlicher Schutz kennzeichnender Merkmale vom Zeitpunkt ihrer bloßen Benutzung an - wie sie dem früheren französischen Zeichenrecht und heute noch dem anglo-amerikanischen Zeichenrecht zu eigen ist - im deutschen Zeichenrecht nicht anerkannt werden. Unter diesem Aspekt kann die Schutzwürdigkeit nicht bereits mit Beginn der Benutzung festgelegt werden, soll nicht auf dem Weg über die wettbewerbsrechtliche Beurteilung das Benutzungsprinzip ins deutsche Zeichenrecht eingeführt werden. Andererseits muß der Grad der Schutzwürdigkeit nach dem Ausmaß der Verkehrsgeltung bestimmt werden, wobei Verkehrsdurchsetzung bereits den gesetzlichen Wertungsmaßstab des § 25 WZG erfüllt, bei dessen Beurteilung eine subjektive unlautere Willensrichtung des Handelnden

77) Vgl. statt aller Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm.95 ff.; auf eine ausführliche Darstellung soll daher verzichtet werden.

78) Vgl. BGH v.14.7.1961, GRUR 1962, 144 - Buntstreifensatin - m.Anm. D.Reimer; BGH v.27.11.1968, GRUR 1969, 544 - Grüne Vierkantflasche - m.Anm. Schulze

79) Hierzu vgl. Pluta, Mitarbeiter-Festschrift f.E.Ulmer, 257 m.w.N.

seit der Gesetzesänderung vom 1.10.1936 nicht mehr erforderlich⁸⁰⁾.

Zwischen diesen beiden Grenzen wird der Kreis der Verkehrsbe-
kanntheit als einer von mehreren Wertmessern der Schutzwürdig-
keit anzusiedeln sein, wobei jedoch darauf zu achten ist, daß
auch dort, wo der Handelnde besonders verwerfliche Absichten
verfolgt, nicht von einem Mindestmaß von Schutzwürdigkeit abge-
sehen werden kann. Richtig ist, daß mit dem Grad der Verkehrs-
bekanntheit die Gefahr der Verwechslung und damit die Möglich-
keit wettbewerbsrechtlichen Schutzes wächst⁸¹⁾. Nicht ohne Grund
fordert daher Schroeter⁸²⁾, daß der für den ergänzenden wettbe-
werbsrechtlichen Schutz erforderliche untere Bekanntheitsgrad
nicht weit von der Verkehrsgeltung i.S. des § 25 WZG liegen
dürfe. Allerdings erscheint die Begründung mit den Grundsätzen
der Verwirkungsrechtsprechung⁸³⁾ nicht stichhaltig. Eine der-
artige Pauschalbeurteilung erscheint im Rahmen des § 1 UWG als
ein zu grobes Raster, als daß man mit seiner Hilfe die notwen-
dige Abwägung aller objektiven und subjektiven Gegebenheiten
in Verbindung mit abwägendem Interessenausgleich durchführen
könnte⁸⁴⁾.

- bb) Für die subjektiven Anforderungen ist zu begrüßen, daß die Recht-
sprechung entgegen den Äußerungen im "coffeinfrei"-Urteil⁸⁵⁾
nun an den Nachweis einer verwerflichen Absicht ersichtlich
höhere Anforderungen stellt. War in diesem Urteil noch die be-
wußte Annäherung und die darin liegende zumindest leichtfertige

80) Vgl. RG v.18.5.1940, GRUR 1940, 454, 456 - Bestecke.

81) Vgl. dazu Elsaesser, 40 ff.; v.d.Osten, 78 ff.

82) WRP 1968, 127.

83) So auch v.Gamm, WZG, Einführung, Anm.86

84) Zu den für einen ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Schutz
maßgebenden Interessen und Wertungen vgl. unten S.181.

85) BGH v.4.1.1963, GRUR 1963, 423, 428/429.

Hinnahme einer Verwechslungsgefahr als unlauterkeitsbegründend bezeichnet worden, so schließt das Gericht im "Halozon"-Fall⁸⁶⁾ gerade diesen "einfachen" Fall aus. Bedenklich ist jedoch, daß nach Ansicht des BGH die Absicht, Verwechslungen herbeizuführen, der Absicht der Rufausnutzung oder -beeinträchtigung als Alternative gegenübergestellt wird. Ist aber mit der Herkunftsvorstellung, die sich an das Zeichen knüpft, gleichzeitig auch die mit Ware oder Hersteller verbundene Gütevorstellung geschützt - wie dies im Zeichenrecht der Fall ist⁻⁸⁷⁾, so ist eine Ausnutzung oder Beeinträchtigung des guten Rufs von Ware oder Hersteller nur mit dem Gebrauch v erwechslungsähnlicher Zeichenmerkmale möglich⁸⁸⁾. Auch bei den bisher von der Rechtsprechung anerkannten Fallgruppen der Rufausbeutung durch offene Bezugnahme oder Herbeiführung einer Verwässerungsgefahr berühmter Zeichen ist jedenfalls der Gebrauch einer wenigstens verwechselbar ähnlichen Kennzeichnung erforderlich. Mag auch eine Verwechslung hinsichtlich der Herkunftsstätten ausgeschlossen sein, so ist eine Verbindung zum fremden Ruf oder Werbewert über die gleichlautende Bezeichnung erforderlich⁸⁹⁾. Liegt aber Warengleichartigkeit - wie sie zur Anwendung des § 1 UWG ausreicht - vor, so erscheint eine Alternative zwischen Verwechslungs- und Rufausnutzungsabsicht überflüssig, da ja eine solche durch das andere umfaßt wird⁹⁰⁾.

Begrüßenswert ist auch die Tatsache, daß der BGH, zusätzlich zu den objektiven Merkmalen, in subjektiver Hinsicht nun die Wahl einer verwechslungsfähigen Kennzeichnung ohne erkennbar

86) BGH v.26.6.1968, GRUR 1969, 190, 191.

87) Dazu unten S.199 ff. näher.

88) So auch Schroeter, WRP 1968, 129; 436 Fußn.14; v.Falck, Anm. z.BGH "Centra", GRUR 1966, 44; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 133, 143.

89) Vgl. z.B. BGH v.11.11.1958, GRUR 1959, 182, 186 - Quick - m.Anm. Heydt.

90) Ebenso D.Reimer, Festschrift Wandel, 112; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 143.

anderen Anlaß als der der Behinderung oder Ausnutzung fordert, um einen wettbewerblichen Schutz zu geben⁹¹⁾. Denn im "coffeinfrei"-Urteil⁹²⁾ wird schon die bewußte Annäherung in Kenntnis der fremden Kennzeichnung und die damit verbundene leichtfertige Hinnahme von Verwechslungsgefahr als unwertbegründend genannt, obwohl für eine solche Annäherung zwingende Gründe wie z.B. Modernisierungsbestrebungen oder Angleichung an den Publikumsgeschmack vorliegen können. Begründet wurde diese Auffassung wohl von der - im Übrigen unberechtigten - Annahme einer Fülle möglicher Ausweichkennzeichnungen⁹³⁾. Schroeter⁹⁴⁾ sieht in der Einschränkung eine Übernahme der Wertung zum Schikaneverbot des § 226 BGB, mit der eine Konkretisierung der Rechtsprechung erfolge. Der Rückgriff auf das Schikaneverbot scheint jedoch nicht notwendig, weil bereits im Rahmen der Prüfung der Sittenwidrigkeit die vielfältigen Wertungsgesichtspunkte bei der Beurteilung wettbewerblicher Sachverhalte Berücksichtigung finden müssen. Ein gleiches Verhalten ist aber vor Anwendung des § 226 BGB erforderlich⁹⁵⁾, allerdings scheint die Formulierung eine Beweisvermutung zu Lasten des Annähernden zu enthalten, wenn sie wettbewerbsrechtlichen Schutz dann gewähren will, sofern kein anderer als ein Schädigungszweck des Handelnden erkennbar ist. Damit besteht die Gefahr - wie schon in der Diskussion zur sklavischen Nachahmung - , daß mit der Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Kennzeichnung dem Handelnden unlautere Absicht unterstellt und ihm die Behauptung und der Nachweis entlastender Umstände aufgegeben wird⁹⁶⁾.

91) Vgl. BGH v.26.6.1968, GRUR 1969, 190, 191/192 - Halazon.

92) BGH v.4.1.1963, GRUR 1963, 429.

93) Zu dieser unberechtigten Argumentation vgl. auch Schroeter, WRP 1968, 128; v.Falck, Anm. z.BGH "Centra", GRUR 1966, 45; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 134.

94) WRP 1968, 435, 436.

95) Vgl. Palandt-Danckelmann, Überblick 2 vor § 226 BGH:alle Umstände und denkbaren Regeln des geschriebenen Rechts sind gegeneinander abzuwägen.

96) Vgl. dazu oben S.8 ff. und Nerreter, GRUR 1957, 525, 532.

IV. Der wettbewerbsrechtliche Schutz bei Erfüllung der Ent- stehungstatbestände zeichenrechtlichen Schutzes

Der Beginn der Rechtsprechung zum ergänzenden wettbewerbsrecht-
lichen Kennzeichenschutz in den Fällen, in denen ein zeichen-
rechtlicher Schutz zwar generell möglich war, aber nicht ge-
währt werden konnte, weil der Verletzungstatbestand der §§ 24,
25, 31 WZG nicht erfüllt wurde, wird üblicherweise im "Centra"-
Urteil gesehen⁹⁷⁾.

1. Die frühen Fallgruppen

Wenn die dort vom BGH genannten Urteile überprüft werden, in
denen er Beispielsfälle für einen wettbewerbsrechtlichen Schutz
von Kennzeichnungen außerhalb der Verwechslungsgefahr sieht, so
lassen sich drei Fallgruppen erkennen.

- a) Da ist einmal der Tatbestand der anlehnenen Werbung mittels
eines zwar ähnlichen, aber nicht verwechslungsfähigen Zeichens,
bei dem die Unlauterkeit mit dem Vorsprungsgedanken begründet
wird⁹⁸⁾. Nachdem das Gericht in diesem Fall den Schutz einer
Fahrschulbezeichnung "Karo-As" gegen eine ebensolche "pik-
sieben" nach § 16 UWG wegen Verwechslungsgefahr im weiteren
Sinn, d.h. wegen der möglichen Annahme wirtschaftlicher oder
organisatorischer Beziehungen zwischen beiden Unternehmen
gewährt hatte, ging es auf § 1 UWG als Schutzanspruchsgrund-
lage nur für den Fall ein, daß sich eine Verwechslungsgefahr
im weiteren Sinn nicht feststellen ließe. Dann allerdings,
auch wenn die beteiligten Verkehrskreise keinerlei Zusammen-
hänge zwischen den Unternehmen der Parteien vermuten würden,
könnte die durch die Spielkarteneigenschaft und durch sonstige
Werbemaßnahmen begründete Ähnlichkeit der Bezeichnungen mög-

97) Vgl. BGH v.17.3.1965, GRUR 1966, 38 m.Anm. v.Falck.

98) BGH v.25.1.1957, GRUR 1957, 281 - Karo-As.

licherweise das besondere Interesse der an einer Fahrschul-
bildung interessierten Personen für das Unternehmen der Be-
klagten erwecken. Unter dem Gesichtspunkt der anlehrenden
Werbung würde damit für die Beklagte gegenüber der sonstigen
Konkurrenz ein Wettbewerbsvorsprung entstehen, den sie ohne
die Anlehnung nicht erzielt hätte⁹⁹⁾. Der gleiche Grundsatz
wird in der Entscheidung vom 5.4.1957¹⁰⁰⁾ betont, jedoch hin-
zugefügt, über den Schutz gegen Verwechslungsgefahr hinaus
werde dem Zeicheninhaber keineswegs schlechthin Schutz gegen
jede Schwächung seines Zeichens durch andere ähnliche Zeichen
gewährt.

- b) Ein zweiter Tatbestand ist die Annäherung an eigenartige, ver-
kehrsbekannte Merkmale der Ware eines Konkurrenten, wobei der
besondere, die Unlauterkeit begründende Umstand in der Plan-
mäßigkeit des Vorgehens und der Absicht der Rufausbeutung
liegt¹⁰¹⁾. Die Rufausbeutungsabsicht entnimmt der BGH aus
der Tatsache, daß der Nachahmer eine eigene Entwicklungslinie
verlassen und sich dem einheitlichen, einprägsamen und künst-
lerischen Stil der Erzeugnisse des Konkurrenten angenähert habe.
Für den Unlauterkeitsvorwurf sei dabei nicht nur eine Herkunfts-
vorstellung hinsichtlich der Waren, sondern auch ihr guter Ruf,
eine besondere Gütevorstellung des Publikums erforderlich. An
diese Rechtsprechung knüpfte der BGH in der "Gold-Zack"-
Entscheidung¹⁰²⁾ an und stellte als besonderen unlauterkeits-
begründenden Umstand einer Nachahmung neben der eben genannten
planmäßigen Annäherung an eigenartige, verkehrsbekannte Merk-
male einer Ware in Rufausbeutungsabsicht auch die Ausnutzung
der Werbekraft eines allgemein bekannten Zeichens gegenüber,
wodurch dessen Kennzeichnungskraft "verwässert" werde¹⁰³⁾.

99) BGH v.25.1.1957, A.a.O., 285.

100) BGH, GRUR 1957, 435 - Eucerin.

101) BGH v.22.1.1952, GRUR 1952, 520 - Hummel I.

102) BGH v.11.7.1952, GRUR 1953, 40.

103) BGH v.11.7.1952, a.a.O., 41 unter Hinweis auf RGZ 115, 401 -
Salamander - und RGZ 170, 137 - Bayer-Kreuz. Es ist jedoch
darauf hinzuweisen, daß die Verwässerung der Kennzeichnungs-
kraft ein Tatbestand der Behinderung, nicht der Ausnutzung
ist.

Erforderlich sei dabei zwar objektiv eine gewisse Übereinstimmung der Kennzeichen. Es brauche aber keine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 31 WZG vorzuliegen, jedoch müsse sich der Käufer beim Anblick der einen Kennzeichnung zumindest an die Kennzeichnung des anderen erinnern und dadurch einen Anreiz zum Kauf der betreffenden Ware erhalten können¹⁰⁴⁾. Derartige Gedankenverbindungen seien etwas anderes als Verwechslungen, deshalb sei der Begriff der "uneigentlichen Verwechslungsgefahr" nicht geeignet, solche Fälle der sittenwidrigen Ausnutzung eines geschützten Kennzeichens durch die Verwendung gewisser Ähnlichkeitsmerkmale zu ergreifen. In subjektiver Hinsicht müsse eine "planmäßige Annäherungsabsicht" vorliegen, die für sich allein jedoch - bei genügendem objektivem Abstand zur fremden Kennzeichnung - als Unlauterkeitsmerkmal ausscheide und für ein Unterlassungsgebot nicht ausreiche.

- c) Von dieser Rechtsprechung ist es dann nicht weit zum dritten Tatbestand der Verwässerung der Kennzeichnungskraft, verbunden mit der Ausnutzung der Werbekraft eines allgemein bekannten Kennzeichens, wobei die Unlauterkeit durch Ausbeutungsabsicht begründet werde¹⁰⁵⁾. Erstaunlicherweise sieht der BGH die Ausbeutung der Werbekraft nach § 1 UWG auch bei Verwendung eines nicht verwechslungsfähigen Zeichens, obwohl er in der gleichen Entscheidung davon spricht, daß in der Regel eine Gefährdung der Werbekraft eines berühmten Zeichens (§§ 1004, 823 Abs.1 BGB) ernsthaft nur dann in Betracht komme, wenn der Alleinstellung durch Zeichen Abbruch getan werde, die entweder mit

104) Diese Begründung entstammt der RG-Rechtsprechung, z.B. RG v. 23.6.1931, MuW 1931, 517 - 4711, die allerdings als zeichenrechtlichen Begriff der Verwechslungsgefahr nur eine solche im engeren Sinne anerkannte, während die Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn als rein wettbewerbsrechtlicher Begriff gesehen wurde, so auch Heydt, Anm. zu BGH "Quick", GRUR 1959, 188. Der Fall würde wohl nach heutiger Auffassung - da beide Parteien Hersteller von Gummilitzen waren - auf der Grundlage zeichenrechtlicher Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne entschieden.

105) BGH v.11.11.1958, GRUR 1959, 182 m.Anm. Heydt - Quick.

ihr identisch oder doch mit ihren charakteristischen Merkmalen weitgehend übereinstimmend seien. Andernfalls sei eine Schwächung der Werbekraft der berühmten Kennzeichnung nicht zu befürchten. Der Vergleich mit dem oben angegebenen "Gold-Zack"-Urteil zeigt, daß - hätte der BGH im "Quick"-Fall nach § 1 UWG zu judizieren gehabt - allein die Ausbeutungsabsicht Kernpunkt des Unlauterkeitsvorwurfs gewesen wäre.

2. Annäherung ohne Verwechslungsgefahr: Unlauterkeit bei Verwechslungs- und Rufausnutzungsabsicht

Der BGH betont zwar immer wieder, daß eine bloße Annäherung an fremde Kennzeichnungsmittel, die nicht durch die Tatbestände der §§ 16 UWG, 31 WZG, 30, 37 Abs.2 HGB und 12 BGB erfaßt werde, grundsätzlich frei sei; insofern gelte nichts anderes als bei der Ausbeutung technischer Arbeitsergebnisse. Für eine Verurteilung nach § 1 UWG müsse deshalb über die bloße Annäherung an das fremde Kennzeichnungsmittel hinaus noch ein besonderer Umstand hinzukommen, um die Wettbewerbswidrigkeit zu begründen.

- a) Im Centra-Urteil¹⁰⁶⁾ sieht der BGH diese besonderen Umstände in subjektiven Unlauterkeitselementen, die er im Centra-Fall im absichtlichen und planmäßigen Verhalten des Beklagten sah mit dem Ziel, Verwechslungen herbeizuführen oder den guten Ruf der Klägerin auszubeuten. Allein schon aus der Verwechslungsabsicht könne die Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens hergeleitet werden, auf eine Verwechslungsgefahr - die der BGH aber im übrigen zwischen den Firmenbezeichnungen "Centra" und "Renta" bejaht - komme es insofern nicht an. Im übrigen könne die Verwechslungsabsicht aus Beweisanzeichen hergeleitet werden, die ihrerseits dem gesamten Sachverhalt entnommen werden müßte.

106) BGH v.17.3.1965, GRUR 1966, 38 m.Anm. v.Falck.

b) Im "Konservenzeichen I"-Urteil¹⁰⁷⁾ hatte die Berufungsinstanz einen an sich möglichen Zeichen- und Ausstattungsschutz wegen fehlender Verwechslungsgefahr zwischen den auf einem graphisch besonders gestalteten Untergrunde befindlichen Schriftzügen "Bassermann" und "Ingelfinger" verneint und unlauteren Wettbewerb durch Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr aus gleichem Grund abgelehnt. Auch hier mißbilligte der BGH die Ablehnung der Verwechslungsgefahr ebenso wie die Verneinung unlauteren Wettbewerbs. Die Möglichkeit einer Herkunftstäuschung sei nur einer der Fälle, in denen außerhalb des Zeichen- und Ausstattungsschutzes die Nachahmung fremder Kennzeichnungsmittel oder die Annäherung an diese unlauter sein könne. Wettbewerbswidrig handele aber auch, wer sich ohne die Gefahr einer solchen Täuschung an verkehrsbekannte Merkmale einer fremden Kennzeichnung bewußt dergestalt annäherte, daß hierdurch für die eigene Ware der Ruf der fremden Erzeugnisse, namentlich eine mit ihnen verbundene Gütevorstellung, ausgenutzt werde. Ein solcher Schutz sei nicht nur berühmten Marken, sondern auf dem gleichen Warengbiet auch Kennzeichen normaler Kennzeichnungskraft zuzubilligen. Zur subjektiven Tatseite stellt der BGH fest, es müsse ein bewußtes Annähern vorliegen. Die Feststellung der subjektiven Unlauterkeitsmerkmale werde regelmäßig aus dem objektiven Geschehensablauf zu entnehmen sein, dabei seien vor allem ein Abweichen von einer eigenen Kennzeichnung ohne Überzeugenden Grund und Annäherung an die fremde Aufmachung von Waren, die einen guten Ruf besäßen, ein Anhaltspunkt für eine Rufausnutzungsabsicht. Ebenso könne aus der Verkehrsbekanntheit der übernommenen Kennzeichnungselemente und der Möglichkeit eines Ausweichens auf andere Kennzeichenmerkmale ein Rückschluß auf die Ausnutzungsabsicht gezogen werden, der um so leichter möglich sei, je stärker die übernommenen Kennzeichnungselemente im Verkehr für das Wettbewerbserzeugnis bekannt geworden waren und je mehr Ausweichsmöglichkeiten bestünden¹⁰⁸⁾.

107) BGH v.14.4.1965, GRUR 1966, 30 m.Anm. Heydt.

108) BGH v.14.4.1965, a.a.O., 33 - Konservenzeichen I.

c) Die gleichen Grundsätze vertrat der BGH im Urteil vom 9.7.1965¹⁰⁹⁾ für den Schutz der Sinalcoflaschen-Ausstattung. Zwar ließ der BGH die Frage einer Verwechslungsgefahr dahingestellt, verurteilte aber die Beschränkung der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung auf den Gesichtspunkt der Ausnutzung eines unter großem Kostenaufwand erzielten Werbeerfolgs durch Herbeiführung von Verwechslungsgefahr. Auch ohne sie könne Wettbewerbswidrigkeit in der Ausnutzung des Rufs einer fremden Ware, besonders ihrer Gütevorstellung, verbunden mit bewußten Annäherung an das fremde Kennzeichen, gegeben sein. Beweisanzeichen für subjektive Unlauterkeitsmerkmale könnten die Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Kennzeichnung und der Grad der damit verbundenen Gütevorstellung sein. Jedenfalls genüge zur Verurteilung zur Unterlassung nach § 1 UWG, wenn der Annähernde den Willen habe, sich jedenfalls soweit anzunähern, als er glaube, ohne Verstoß gegen Zeichen- oder Ausstattungsrechte des anderen gerade noch gehen zu können.

3. Kritik an der Begründung der Unlauterkeit mit Verwechslungs- und Rufausnutzungsabsicht

a) Wettbewerbswidrigkeit wegen Verwechslungsabsicht

Selten wird der Beklagte offen zugeben, daß er darauf ausgeht, Verwechslungsgefahr mit kennzeichnenden Merkmalen seines Konkurrenten erlangen zu wollen. Der Kläger ist daher darauf angewiesen, zur Unterstützung des Klagebehauptens alle diejenigen Tatsachen und Umstände vorzutragen, aus denen sich eine derartige innere Einstellung des Beklagten herleiten läßt. Es liegt auf der Hand, daß derartige Beweisanzeichen unterschiedlichste Herkunft haben können.

109) BGH in GRUR 1965, 601 - Roter Punkt.

aa) Eines der am häufigsten gebrauchten Argumente für die unlauteren Absichten des Beklagten ist die Behauptung, daß ihm eine Fülle möglicher Kennzeichnungen zum Ausweichen gegeben sei, eine Ähnlichkeit der kennzeichnenden Merkmale daher allein die Absicht der Verwechslung andeuten könne. Diese These wurde von vielen als zumindest nur teilweise richtig angegriffen, weil sie die Sachzwänge einer Zeichenbildung und das Bedürfnis der Wirtschaft nach einer Reihe von Kennzeichnungsmöglichkeiten vernachlässige. Überdies sei die häufig gebrauchte Unterscheidung von der leichteren Ausweichmöglichkeit bei Warenbezeichnungen im Gegensatz zur Nachahmung von Waren ungerechtfertigt.

Gegen die angebliche Fülle von Ausweichmöglichkeiten im Kennzeichenrecht spricht allein schon die Überfüllung der Zeichenrolle, die mit zum Anlaß für die Einführung des Benutzungszwangs im WZG wurde^{110/111)}. Selbst der Benutzungszwang hat diesen Zustand nur zum Teil bereinigt¹¹²⁾. So besteht z.B. auf dem Gebiet der Pharmazie ein solcher Andrang von Warenzeichen, daß es kaum noch möglich ist, ohne Abgrenzungsvereinbarung neue Zeichen anzumelden¹¹³⁾. Diese Verstopfung der Zeichenrolle hat ihre Ursache nicht nur im vielfachen Warenangebot einer hochspezialisierten und differenzierten Industrie, sondern auch in sachlichen Gründen der Zeichenwahl, die für alle Zeichenbildungen gelten und deren Berücksichtigung daher nicht verwehrt werden darf.

Die Marke verkörpert die Waren und ihre Qualität, sie kann zu deren Symbol werden; zugleich wirbt sie damit für den Hersteller und fördert das Vertrauen in ihn¹¹⁴⁾. Diese vielfachen Aufgaben¹¹⁵⁾

110/111) Vgl. Kraft, GRUR 1968, 123; Schricker, GRUR Int. 1969, 14; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 133, 134; zum Ganzen vgl. Kreye, 47 ff.

112) Vgl. Heil, MA 1973, 97; s.auch Statistik in Bl.f.PMZ 1970, 78, 97.

113) Vgl. Miosga, MA 1967, 433; Kraft, GRUR 1968, 123; Tillmann-v.Schleussner, GRUR Int. 1972, 441, 445; Suhr, 67; dazu allgemein Bökel, GRUR 1972, 28.

114) Vgl. Becher, MA 1951, 88, 89.

115) Von A.Troller, Festschrift Philip Möhring, 291, 299, 304 "Wirkung als Kundensammler" genannt.

kann das Zeichen nur voll erfüllen, wenn es klar, verständlich und einprägsam gestaltet ist¹¹⁶⁾. Erleichtert wird außerdem die erstrebte Identifikation von Zeichen und Ware, wenn sich aus ihm Informationen über Güte, Beschaffenheit, Verwendungszweck und Art der Ware entnehmen lassen, ohne daß die Bezeichnung zur Beschaffenheitsangabe i.S. § 4 Abs.2 Nr.1 WZG wird¹¹⁷⁾. Obendrein begünstigen wohlklingende Buchstabenkombinationen, die in allen deutschen Sprachgebieten und - im Zeichen grenzüberschreitenden Verkehrs - möglichst auch im fremdsprachigen Ausland verstanden werden, die Wirkung eines Warenzeichens ebenso wie modisch aktuelle Farben und Formengestaltungen. Sie erleichtern die Verkehrsdurchsetzung als oberstes Ziel aller Zeicheninhaber¹¹⁸⁾. Die Suggestivwirkung des Zeichens, die Werbewirkung von Haus aus, erübrigt weiterhin einen übermäßigen Werbeaufwand und Reklameetat¹¹⁹⁾. Alle diese sachlichen Gründe einer Zeichenbildung führen zu einer Wiederkehr bestimmter Lautbildungen, Farb- und Formgebungen oder zur Anlehnung an warenbeschreibende Bezeichnungen¹²⁰⁾. Damit führt der ohnehin schon sehr weite Schutzzumfang eingetragener Zeichen¹²¹⁾ zu einer Sperrung sachlich durchaus notwendiger Warenbezeichnungselemente, so daß es keineswegs leichter ist, von einer fremden Kennzeichnung Abstand zu halten als von einer fremden Warengestaltung¹²²⁾. Obendrein genügt es, bei technisch bedingtem maßstabsgetreuen Nachbau einer Ware als ausreichende Abweichung

116) Vgl. Becher, MA 1951, 90.

117) Becher, MA 1951, 91.

118) Vgl. Beier, GRUR 1967, 628, 630.

119) Becher, MA 1951, 89.

120) Vgl. z.B.: "Eternit" für Bausteine, "Biomalz" für Nahrungsmittel; neuerdings auch die besondere Suggestionswirkung von Zeichen wie z.B. "nur die" für Strümpfe oder "nimm zwei" für Bonbons; weiterhin seien erwähnt z.B. "Glänzer" für Bohnenwachs, "Weißer Riese" für Waschmittel.

121) Dazu vgl. D.Reimer, Festschrift Wendel 98, 111; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 133, 134; Schroeter, WRP 1968, 435, 436; zum ganzen unten S.210.

122) A.A. BGH v.25.10.1967, GRUR 1968, 419, 422 - Feuerfest I; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm. 397 D.Reimer, Festschrift Wendel, 98, 110.

zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr ein deutlich abweichendes Warenzeichen beizufügen¹²³⁾, während bei gleichen Zeichen eine andere Ware durchaus nicht aus dem Schutzbereich des Zeichens notwendig hinausführt.

Das Argument, das Zeichenrecht biete eine Fülle von Ausweichmöglichkeiten, eine Abweichung von vorgegebenen Kennzeichnungsrechten sei daher ohne weiteres möglich, ist daher als Pauschalbegründung für die Unlauterkeit einer Annäherung nicht verwendbar. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu untersuchen, ob dieser Vorwurf zutrifft und ein Ausweichen zumutbar war.

- bb) Ebenso wenig kann dem BGH zugestimmt werden, wenn er den aus verschiedenen Annäherungsschritten hergeleiteten Willen des Annähernden, bis zur Grenze des fremden Ausschlußrechts gehen zu wollen¹²⁴⁾, als unlauter bezeichnet. Es ist nicht ohne weiteres ersichtlich, wieso die Absicht, den eigenen Freiheitsraum bis an die Grenzen fremder Herrschaftsbereiche auszunutzen, sittenwidrig sein soll. Das Zeichenrecht ist ein mit Grenzen versehenes Ausschlußrecht, so daß zu Recht von einer bestehenden Annäherungsfreiheit gesprochen und eine Annäherung ohne Hervorrufen einer Verwechslungsgefahr im zeichenrechtlichen Sinn für grundsätzlich zulässig gehalten wird¹²⁵⁾. Auch wenn der BGH in der genannten Entscheidung diese Ausführungen zur subjektiven Tatseite in Verbindung mit der Ausnutzung der Werbekraft eines älteren Kennzeichnungsmittels bringt, so ist doch nicht die Gefahr einer Vorverlegung der Schutzgrenzen mit Hilfe der auf die Lebenserfahrung gestützten Beurteilung innerer Vorgänge gebannt¹²⁶⁾. Denn schließlich ist die Ausnutzung der Werbekraft

123) Vgl. BGH v.24.6.1966, GRUR 1966, 617, 620 - Saxophon; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, 362, 367 m.w.N.

124) Vgl. BGH v.9.7.1965, GRUR 1965, 601, 605 - Roter Punkt.

125) Auch hier tritt die Parallelität zur Nachahmungsfreiheit bei der "sklavischen Nachahmung" zutage; vgl. Schroeter, WRP 1968, 125; ähnlich D.Reimer, Festschrift Wendel, 98, 110; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 133; Pehle, MA 1966, 245, 254.

126) Wie dies Pehle, MA 1966, 254 meint.

eines Zeichens bislang mit zeichenrechtlichen Anspruchsgrundlagen abgewendet worden, soweit sich beide Zeichen im Warengleichheitsbereich bewegten. Sofern Verschiedenheit der Warenbereiche gegeben war, konnte bisher ein Schutz des Werbewertes von Kennzeichnungen nur für berühmte Marken nach zivilrechtlichen Grundsätzen erreicht werden¹²⁷⁾. Eine Schwächung der Werbekraft ist jedoch nur gegeben, sofern die verwendeten Zeichen verwechslungsfähig sind¹²⁸⁾.

Im übrigen ist inzwischen auch vom BGH anerkannt worden, daß eine schrittweise objektive Annäherung eines Zeichens an eine bestehende Kennzeichnung durchaus nicht unlauter sein muß¹²⁹⁾. In diesem Fall wurden nämlich vom Gericht werbetechnische Gründe einer höheren Kontrastwirkung zwischen Zeichen und Hintergrund¹³⁰⁾, sachliche Gründe des Zeitgeschmacks für eine einfachere Ausführung des Kennzeichens¹³¹⁾ sowie das Ziel des Annähernden, mit seiner Kennzeichnung einen möglichst bildhaften, einprägsamen Eindruck zu hinterlassen¹³²⁾ als Rechtfertigung anerkannt. Auch die schrittweise Annäherung einer Kennzeichnung an bekanntere Merkmale anderer Kennzeichen kann somit nicht pauschal als unlauterkeitsbegründend gewertet werden. In jedem Fall ist darzulegen, daß die Annäherung nicht gerechtfertigt ist.

127) Vgl. BGH v.11.11.1958, GRUR 1959, 182, 185 - Quick m. Anm. Heydt.

128) BGH v.11.11.1958, a.a.O., 186.

129) So BGH v.5.3.1971, GRUR 1971, 305, 308 - Konservenzeichen II m.Anm. U.Krieger.

130) Schon im Hinblick auf die Fernsehwerbung und drucktechnische Erfordernisse.

131) Auch im Hinblick auf eine werbewirksame Einprägsamkeit ist eine möglichst einfache Gestaltung zu wählen, vgl. Becher, MA 1951, 88.

132) Im konkreten Fall ging es um einen stilisierten Schmetterling als Hintergrund eines Namensschriftzuges, bei den damit gekennzeichneten Konservendosen wohl verständlich als Symbol für Sommerfreude, Gartenfrische der eingelegten Gemüse u.ä.

cc) Auch von seinem früher verwendeten Argument, das Verlassen einer eigenen Entwicklungslinie zugunsten einer objektiven Annäherung an die im Verkehr bekannte Linie eines Konkurrenten lasse auf eine unlautere Absicht des Annähernden schließen, ist der BGH inzwischen nach Kritik aus dem Schrifttum¹³³⁾ abgerückt¹³⁴⁾. Gegen eine solche Wertung spricht nicht nur die unterschiedliche Behandlung aleingesessener Wettbewerber und neu auf-tretender Gewerbetreibender bei gleicher Beeinträchtigung des betroffenen Kennzeicheninhabers, sondern auch die Außeracht-lassung sachlicher Gründe des Annähernden für eine solche An-näherung. Es gelten hier die gleichen Gründe, wie sie gegen eine objektive Annäherung als Beweiszeichen unlauterer Ver-wechslungsabsichten sprechen. So ist es als sachliche Recht-fertigung eines Abgehens von bisher benutzten Zeichen durch-aus anzuerkennen, wenn der Zeicheninhaber das bisher in bekannter Form benutzte Zeichen von altmodischen Verzierungen befreien und seine äußere Gestalt einem neuen sachlicheren Zeitgeschmack anpassen will¹³⁵⁾. Auch die Verwirklichung neuerer Erkenntnisse der Werbetechnik und Farbpsychologie können einfachere Formen und ganz bestimmte Farbgestaltungen bisher schon benutzter Zeichen bedingen, ohne daß dem Zeicheninhaber deshalb eine Ausnutzungsabsicht vorzuhalten wäre¹³⁶⁾.

dd) So erfreulich diese Entwicklung der Rechtsprechung ist, so bleibt doch das unbefriedigende Gefühl, daß die objektive Annäherung als solche bereits zur Bejahung der Unlauterkeit führt, wenn nicht sachlich rechtfertigende Gründe hierfür bei-gebracht werden können¹³⁷⁾. Eine solche Grundauffassung würde

133) Z.B. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.348, 366.

134) So BGH v.23.6.1967, GRUR 1968,371, 377 - Maggi.

135) Hingewiesen sei hier auf die Bestrebungen des Oetker-Konzerns, sein Hausfrauenkopf-Emblem zu "begradigen" und stärker neben dem Namen Oetker herauszustellen; hingewiesen sei auch auf die Wandlungen des "Erdal-Frosches".

136) Vgl. BGH v.18.12.1968, GRUR 1970, 250, 253 - Hummel III: Der Anschluß an den Zeitgeschmack kann nicht verwehrt werden.

137) Dagegen auch Hefermehl, Anm. zu BGH "Maggi", GRUR 1968, 378, 379.

von vornherein für sogenannte wertvolle Kennzeichen den Grundsatz der Annäherungsfreiheit in ein Annäherungsverbot verkehren und damit den Schutzbereich von Haus aus über die zeichenrechtlichen Grenzen hinaus ausdehnen. Der notwendigen Abwägung wettbewerblicher Momente im Rahmen der festen zeichenrechtlichen Tatbestandsmerkmale wäre damit zumindest für diesen Fall der Weg versperrt. Im Übrigen wäre ein Abfärben dieser Grundauffassung auch auf andere zeichenrechtliche Wertungsfragen denkbar und wird in der Tat auch befürchtet¹³⁸⁾.

Um dieser grundsätzlichen Tendenz vorzubauen, ist es im Interesse der Annäherungsfreiheit - und damit im weiteren Sinn der Wettbewerbsfreiheit - erforderlich, dem Kläger die Darlegungslast nicht nur für die behauptete Annäherung, sondern auch für die fehlende Rechtfertigung dieser Annäherung aufzubürden.

b) Wettbewerbswidrigkeit wegen Rufausnutzungsabsicht

- aa) Gleichfalls auf Kritik der Literatur ist die Begründung des BGH gestoßen, eine nicht verwechslungsfähige Zeichenannäherung sei unlauter, wenn der Annähernde den guten Ruf der fremden gleichartigen Erzeugnisse ausnutzen wolle¹³⁹⁾. Vor allem Schroeter¹⁴⁰⁾ hat sich dagegen ausgesprochen, bei Kennzeichnungen neben dem Unlauterkeitsmerkmal des Herbeiführens einer Verwechslungsgefahr

138) Vgl. v.Falck, Anm. zu BGH "Centra", GRUR 1966, 43, 45; Hefermehl, Anm. zu BGH "Maggi", GRUR 1968, 378, 379; D.Reimer, Festschrift Wendel, 98, 113; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 133, 136; Schroeter, WRP 1968, 125, 130; 435, 436; Beier, GRUR 1967, 628, 631.

139) BGH v.17.3.1965, GRUR 1966, 38, 42 - Centra; BGH v.14.4.1965, GRUR 1966, 30, 33 - Konservenzeichen I; BGH v.9.7.1965, GRUR 1965, 601, 605 - Roter Punkt.

140) WRP 1968, 125, 128; ihm folgend D.Reimer, Festschrift Wendel, 98, 111; Ulmer-Reimer, Nr.259; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 140; ähnlich auch v.Falck, Anm. zu BGH "Centra", GRUR 1966, 44.

noch ein weiteres unabhängiges Merkmal der Rufausbeutung anzuerkennen. Der gute Ruf einer Ware könne nur dann auf eine andere Ware übertragen werden - darin liege die Ausnutzung - , wenn entweder die eine Ware für die andere gehalten werde oder das Kaufpublikum irrtümlich an eine gemeinsame Herkunftsstätte mit deren Qualitätsverbürgung glaube. In beiden Fällen könne eine solche Täuschung über den Hersteller oder die Herkunft der Ware nur durch die Verwendung eines wenigstens verwechslungsfähigen Zeichens herbeigeführt werden¹⁴¹⁾; auch die Fälle einer Annäherung der Kennzeichen, die zwar nicht zur Verwechslung, wohl aber zu einer auf organisatorische oder wirtschaftliche Verbindung hindeutenden Ähnlichkeit führen, könnten mit dem zeichenrechtlichen Begriff der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn¹⁴²⁾ erfaßt werden, ohne daß im Regelfall auf wettbewerbsrechtliche Normen zurückgegriffen werden müsse¹⁴³⁾. Im Gegensatz dazu hält der BGH den wettbewerbsrechtlichen Tatbestand der Rufausnutzung ohne Verwechslungsgefahr dann für gegeben, wenn das Publikum aufgrund eines durch ähnliche Kennzeichen hervorgerufenen Bekanntheitsgefühls einen Anreiz zum Kauf der fremden Ware erhalte¹⁴⁴⁾. In dieser Auffassung folgt dem BGH Hefermehl¹⁴⁵⁾. Beide geben jedoch - abgesehen von dem hier nicht

141) Vgl. Schroeter, WRP 1968, 128; v. Gamm, Festschrift Wendel, 140; a. A. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 406 mit der Begründung, auch wenn die Gefahr einer betrieblichen Herkunftsverwechslung durch Zusätze und Formänderungen ausgeschlossen sei, werde das Publikum doch an das fremde Vorbild erinnert, übertrage daher die guten Erfahrungen auch auf die neue Ware und werde zu deren Kauf angereizt.

142) Dazu vgl. Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm. 22, 74.

143) Ebenso D. Reimer, Festschrift Wendel, 98, 111/112; Ulmer-Reimer, Nr. 259 a. E.; Schroeter, WRP 1958, 125, 128, 435/436.

144) BGH v. 14. 4. 1965, GRUR 1966, 30, 33 - Konservenzeichen I - unter Hinweis auf Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 296.

145) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 406, 409.

zu untersuchenden Fall der direkten Bezugnahme¹⁴⁶⁾ keine Begründung¹⁴⁷⁾ dafür, wie auch ohne Verwendung eines verwechslungsfähigen Zeichens eine Ausbeutung des guten Rufs der fremden Erzeugnisse möglich sein soll.

- bb) Zunächst ist Kritik daran anzumelden, daß der BGH und die ihm folgende Literatur den Schutz gegen eine Ausbeutung des guten Rufs der Ware mit dem Schutz der berühmten Marke gegen Verwässerung der Werbekraft in Verbindung bringt¹⁴⁸⁾. Der Schutz der berühmten Marke gegen die Verwässerung ihrer Werbekraft ist ein Ausnahmetatbestand, der seine Rechtfertigung in dem überragenden, im Wettbewerb errungenen Besitzstand einer einmaligen Hinweis- und Attraktionskraft des Warenzeichens findet¹⁴⁹⁾. Schon aus diesem Grund¹⁵⁰⁾ sollte keine Parallelität zu anderen

146) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm. 401 ff.; v. Gamm, Einführung, Anm. 84 m.w.N. Die direkte Bezugnahme ist jedoch in der Regel kein Fall, der den Herkunftshinweis des Warenzeichens beeinträchtigt, der also zeichenrechtlich relevant ist; vgl. unten S. 134.

147) Die Fundstellen verweisen auf die "Gold-Zack"-Entscheidung des BGH v. 11.7.1952, GRUR 1953, 41, die als einzige eine Begründung gibt. Ob diese Begründung allerdings heute noch gehalten werden könnte, erscheint sehr fraglich, wenn man bedenkt, daß in dieser Entscheidung für den Tatbestand der Verwässerung bekannter Kennzeichen bereits eine Erinnerungswirkung und Kaufanreiz durch das angreifende Zeichen genügen soll, während seit der "Quick"-Entscheidung, BGH v. 11.11.1958, GRUR 1959, 182, dafür ausdrücklich wenigstens Verwechslungsgefahr der Zeichen gefordert wird; vgl. auch Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm. 156.

148) So in BGH v. 14.4.1965, GRUR 1966, 30, 33 - Konservenzeichen I; vgl. auch Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 409.

149) Vgl. statt aller Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm. 149, 151; Elsaesser, 82/83, 91 ff., 111.

150) Zur Argumentation mit Ausnahmeregeln vgl. allgemein Engisch, Einführung, 147 ff.

Schutztatbeständen gezogen werden¹⁵¹⁾. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß die Ausbeutung guten Rufs und die Verwässerung berühmter Kennzeichen unterschiedlichen wettbewerbsrechtlichen Tatbeständen angehören, nämlich dem der Ausnutzung einerseits und der Behinderung andererseits. Die fehlende Vergleichbarkeit besteht auch hinsichtlich des Schutzbereichs der Zeichen, der bei der berühmten Marke wegen Verzichts auf die Gleichartigkeit der Waren wesentlich enger gefaßt ist¹⁵²⁾.

Und schließlich ist zu überlegen, ob mit dem Tatbestand der Rufausbeutung oder -ausnutzung die Verwendung nicht verwechslungsfähiger Kennzeichen überhaupt erfaßbar ist. Die Frage wird verneint von Schroeter¹⁵³⁾, der zutreffend fordert, daß von einer Ausbeutung des guten Rufs einer Ware nur gesprochen werden sollte, wenn dieser Ruf übergeleitet wird auf die fremde Ware. In den Fällen der offenen Bezugnahme werde insoweit "Roß und Reiter genannt"¹⁵⁴⁾, wodurch zwar eine Gefahr der Verwechslung der Herkunftsstätten ausgeschlossen werde, jedoch die unterschiedlich abstammenden Waren miteinander in Bezug gesetzt würden. Hier tritt eine offene Überleitung der Gütevorstellung des Verkehrs von einer Ware auf die andere ein.

151) Der BGH sieht in der "Konservenzeichen I"-Entscheidung das fehlende Erfordernis "berühmte Marke" offensichtlich durch das Vorliegen der Warengleichartigkeit, d.h. eines Wettbewerbsverhältnisses i.S. § 1 UWG, aufgewogen. Demgegenüber war in der "Eucerin"-Entscheidung v.5.4.1957, GRUR 1957, 437/438, für diesen Fall wenigstens Verwechslungsgefahr, und wenn diese fehlte, besondere unlauterkeitsbegründende Umstände gefordert worden. Zum besonderen Umstand "Ruf der fremden Erzeugnisse" vgl. unten S.148.

152) Vgl. BGH v.11.11.1958, GRUR 1959, 180 - Quick; seitdem ständige Rechtsprechung.

153) WRP 1968, 128; zweifelnd auch D.Reimer, Festschrift Wendel, 111; Ulmer-Reimer, Nr.259.

154) Vgl. statt aller Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.400, 401 m.w.N.

Eine verdeckte Überleitung des guten Rufs liegt dagegen in solchen Fällen vor, in denen der Verkehr erst aus der Verwechslung verwechslungsfähiger Kennzeichen auf gleiche oder verbundene Unternehmen schließen muß und dann deshalb die mit dem einen Unternehmen und seinen Waren verbundene Gütevorstellung auf das andere und seine Erzeugnisse überträgt¹⁵⁵⁾.

Gleicher Art ist die Rufüberleitung durch den Vertrieb verwechslungsfähiger Waren. Hier muß der Verkehr erst Herkunftsvorstellungen mit der Gestaltung der nachgeähmten Ware verbinden, diese sodann auf die nachahmende Ware übertragen und sodann auch den guten Ruf der nachgeähmten Ware auf die Nachahmung übertragen¹⁵⁶⁾.

- cc) Aus dem Gesagten ergibt sich, daß eine Rufausnutzung bislang nur unter dem Gesichtspunkt der direkten, offenen, nicht verwechslungsfähigen Bezugnahme auf die qualitätsvolle Ware oder unter dem Aspekt der versteckten und indirekten Bezugnahme, verbunden mit einer Irreführung über die betriebliche Herkunft solcher Waren als unlauter erachtet wurde¹⁵⁷⁾. In beiden Fällen ist die Ableitung des Kundenstroms vom angegriffenen Wettbewerb aber auf den offen oder versteckt bezugnehmenden, die Austauschbarkeit der Richtung des Kaufentschlusses, die entweder offen angestrebt oder durch Irrtumserregung herbeigeführt wird, erforderlich. Anders dagegen bei der vom BGH in den oben kritisierten Fällen vorgenommenen Sachverhaltsbewertung: Eine offene Bezugnahme liegt nicht vor, weil die Güte der jeweiligen Waren nicht offen in Vergleich gesetzt wird. Eine versteckte Bezugnahme im herkömmlichen Sinn auf dem Wege der täuschenden Herkunftsvorstellung ist nicht gegeben, weil es an einer Verwechslungsgefahr - auch im weiteren Sinn - hinsichtlich herkunftskennzeichnender Merkmale fehlt. Durch eine ge-

155) Vgl. dazu Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.392.

156) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.392.

157) So auch Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.391.

wisse verbleibende Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Zeichen wird nach Ansicht des BGH¹⁵⁸⁾ eine Erinnerung an das angegriffene Zeichen herbeigeführt, ohne daß es zu einer Vermutung über betriebliche oder organisatorische Zusammenhänge kommt¹⁵⁹⁾. In diesen Fällen wird aber nicht der von Gütevorstellungen geleitete Kaufentschluß von der Ware des einen Wettbewerbers auf die des anderen übergeleitet, tritt keine Schädigung des Konkurrenten ein. Da der Kunde aus dem Zeichen nichts über Zusammenhänge und Beziehungen zwischen beiden Kennzeichen entnehmen kann, so verbleibt es nur bei einer Art Sympathiewerbung für das angelehnte Kennzeichen; hieraus kann sich ein Kaufanreiz für die Abnehmer ergeben. Eine solche Sympathiewerbung - solange man sie ohne Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne für möglich hält - bezieht sich aber nicht auf herkunftskennzeichnende Merkmale, da ja dann Verwechslungsgefahr gegeben wäre, sondern auf allgemein schmückende und gebräuchliche Merkmale der Kennzeichnung, für deren Verwendung sachliche Gründe des Zeitgeschmacks, der Farbpsychologie, evtl. auch Anklänge an Warenverwendung oder -wirkung maßgebend waren. Eine solche Mitverwendung sachlich zu rechtfertigender Markenmerkmale kann aber nicht ohne weiteres zur Unlauterkeitsbegründung herangezogen werden.

Es zeigt sich also, daß die Benutzung von Sympathiegefühlen für bestimmte Kennzeichnungsmerkmale ohne direkten oder indirekten Bezug zu einem Wettbewerber erfolgt. Wohl aber kann die Benutzung von Sympathiegefühlen zu einer Besserstellung gegenüber der breiten Allgemeinheit der Wettbewerber führen. Insofern bietet sich für die wettbewerbsrechtliche Behandlung

158) BGH v.11.7.1952, GRUR 1953, 40 - Gold-Zack.

159) Ob für einen solchen Fall nicht letztlich Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens oder aber unzulässige Mitbenutzung beschreibender oder sonst frei-haltebedürftiger Zeichenmerkmale gegeben ist, sei hier dahingestellt.

der bereits früher entwickelte Gedanke des Vorsprungs im Wettbewerb an¹⁶⁰⁾. Bei einer Prüfung dieses Tatbestands zeigt sich aber, daß es im Bereich der Annäherungsfreiheit an einem Rechtsbruch fehlt und damit kein als unlauter zu erachtender Vorsprung vor rechtstreuen Mitbewerbern erlangt wird. Rufausbeutung außerhalb der Verwechslungsgefahr im engeren oder im weiteren Sinn erscheint nicht möglich, sie kann daher auch nicht als Unlauterkeitsmerkmal gesondert von der Absicht, Verwechslungsgefahr herbeizuführen, gewertet werden. Soweit außerhalb der Verwechslungsgefahr Anklänge an bekannte Kennzeichen gegeben sind, handelt es sich um die grundsätzlich zulässige Mitverwendung freihaltebedürftiger Zeichenmerkmale oder -stilrichtungen.

4. Annäherung ohne Verwechslungsgefahr: Unlauterkeit bei Gefahr der Kennzeichenschwächung

- a) Das Unlauterkeitsmerkmal der Kennzeichenschwächung und Behinderung im Zusammenhang mit nicht verwechslungsfähiger Annäherung an ein Kennzeichen brachte die Entscheidung des BGH im "Maggi"-Fall ins Spiel¹⁶¹⁾. Zunächst bezweifelt das Gericht, daß der Unlauterkeitsvorwurf allein auf den Umstand abgestellt werden könne, der Wettbewerber habe seine bisherige eigene Linie verlassen. Im Anschluß daran heißt es:

"Bei umsatzstarken bekannten Mitbewerbern, die ihrerseits einen eigenen berühmten Firmennamen mitverwenden, wird die Berechtigung eines solchen Vorwurfs (d.h. einer Annäherung in der Absicht, Verwechslungen herbeizuführen oder den guten Ruf der Konkurrenz auszubeuten) vielfach schwer nachweisbar sein. Aber gerade der Umstand, der gegen den Vorwurf der Anlehnung sprechen könnte, nämlich die eigene starke Marktstellung des Beklagten, kann sich umgekehrt als eine besonders empfindliche Beeinträchtigung der Klagekennzeichnung auswirken."

160) Vgl. BGH v.25.1.1957, GRUR 1957, 281, 285 - Karo-As; dazu Vgl. auch Baumbach-Hefermehl, Einl.UWG Anm.124; § 1 UWG A.477.

161) BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371 m.Anm.Hefermehl.

Eine solche Beeinträchtigung sieht der BGH in der Hinweiswirkung der Merkmale schwächenden Mitbenutzung durch einen umsatzstarken Mitbewerber, die auch dazu führen könne, daß zukünftig Dritte an einer Mitbenutzung nicht gehindert werden könnten, selbst wenn dies gegenwärtig noch unter dem Gesichtspunkt unlauterer Ausnutzung untersagt werden könne¹⁶²⁾. Anschließend gibt der BGH Beispiele, in denen er trotz Gefährdung solch wertvoller Kennzeichen noch lauterer Wettbewerb annimmt. Er sieht sie dann gegeben, wenn die Beklagte für ihre Zeichenwahl einen rechtfertigenden Grund anführen kann, wenn ihr ein Verzicht auf die Mitbenutzung nicht zumutbar ist oder wenn die Klägerin in beachtlichem Umfang auf benachbarten Warengelieten ähnliche Aufmachungen geduldet hat. Die gleichen Argumente tauchen im "Blunazit"-Fall¹⁶³⁾ auf. Im "Maggi"-Fall standen sich die Firmen Maggi und Knorr gegenüber, wobei die Firma Maggi der Beklagten vorwarf, sie habe in einer Packung für Karteoffelpüree die für die Klägerin als Aufmachung im Verkehr bekannte rot-gelbe Farbkombination mitverwendet. Im zweiten Fall standen sich die Hersteller von Sinalco und Bluna gegenüber, wobei der Sinalco-Hersteller der Beklagte vorwarf, sie handle durch Mitverwendung eines roten Punktes mit weißer Beschriftung auf ihren Getränkeflaschen wettbewerbswidrig.

- b) Ähnliche Argumente hatte sich der BGH bereits in früheren Fällen bedient¹⁶⁴⁾. Im "Sternbild"-Fall ging die Klägerin, die Illustrierte "Der Stern" aus ihrem als Warenzeichen eingetragenen bekannten unregelmäßig gezackten sechsstrahligen Stern gegen die beklagte Illustrierte "Revue" vor, weil diese auf Plakaten teilweise unregelmäßig gezackte Sterne in verschiedener Größe verwendet hatte. Die Beklagte hatte kurz vor Klageerhebung bei der Werbung

162) BGH v. 23.6.1967, a.a.O., 377.

163) BGH v. 12.7.1967, GRUR 1968, 581 m.Anm.Hefermehl.

164) BGH v. 13.10.1959, GRUR 1960, 126 - Sternbild, m.Anm.v.Falck;
BGH v.12.7.1963, GRUR 1964, 82 - Lesering, m.Anm.Hoepffner.

für von ihr verlegte Bücher ebenfalls mit unsymmetrischen Sternen als Hintergrund der Werbeanpreisungen gearbeitet. Der BGH sah damit die Grundlage geschaffen, der Beklagte jede künftige Verwendung unverkennbar unsymmetrischer Sterne in der Werbung für Illustrierte und Bücher als wettbewerbswidrig zu verbieten. Denn die mit der ersten Verwendung von Sternabbildungen hervorgerufene Verwirrung der beteiligten Verkehrskreise ließen bei künftiger Verwendung von Sternabbildungen für Verlagserzeugnisse der Beklagten wenigstens gedankliche Verbindungen mit der Klägerin zu; die Beklagte dürfe die Folgen ihres vorangegangenen wettbewerbswidrigen Verhaltens nicht noch verschärfen. Weiterhin werde durch die Verwendung solcher Abbildungen durch die Beklagte in Anbetracht der großen Verbreitung ihrer Verlagserzeugnisse die hohe Werbekraft des Bildzeichens der Klägerin empfindlich geschädigt, ohne daß für eine solche Verwendung ein begründetes Interesse ersichtlich sei. Der Vorwurf der Unlauterkeit richte sich daher nicht gegen die Ausnutzung der Werbekraft des fremden Zeichens als Vorspann für eigene Waren der Beklagten, sondern gegen die wettbewerbliche Behinderung, die in der Beeinträchtigung des Werbewerts der Kennzeichen liege¹⁶⁵⁾.

Im "Lesering"-Fall¹⁶⁴⁾ hatte die Beklagte in Rundschreiben an Presseorgane versucht, zwischen den zwei Buchvertriebsformen der "Buchgemeinschaft" und der "Leseringe" Unterschiede aufzuzeigen, obwohl der Begriff "Lesering" für Druckereierzeugnisse der Klägerin als Zeichen eingetragen und nach deren Auffassung als Hinweis auf ihren Verlag verkehrsbekannt war. Die Klägerin warf der Beklagten vor, sie versuche das Wort "Lesering" durch gattungsmäßige Verwendung zur Gattungsbezeichnung zu machen und seine Kennzeichnungskraft zu verwässern. Der BGH schloß sich zwar dieser Betrachtung nicht an, weil das Wort "Lesering" in nicht unerheblichen Verkehrskreisen als Sammelbegriff bereits bekannt war, damit ohne weitere hinzutretende, die Sittenwidrig-

165) BGH v. 13.10.1959, a.a.O., 129.

keit begründende Umstände die gattungsmäßige Verwendung nicht untersagt werden konnte. Grundsätzlich aber führte er aus, daß auch die nicht kennzeichnungsmäßige Verwendung eines geschützten Warenzeichens unzulässig sein könne, wenn ein Mitbewerber des Zeicheninhabers durch gattungsmäßige Verwendung planmäßig darauf abziele, die Funktion des Zeichens als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem Betrieb zu beeinträchtigen¹⁶⁶⁾.

Im Urteil vom 25.10.1967¹⁶⁷⁾ betont der BGH dagegen, daß über den Schutz gegen Verwechslungsgefahr hinaus und abgesehen von dem Sondertatbestand der Verwässerungsgefahr dem Inhaber eines Warenzeichens nicht schlechthin Schutz gegen jede Schwächung seines Zeichens gewährt wird, insbesondere dann nicht, wenn die Gefahr einer Schwächung bereits von vornherein durch Art und Beschaffenheit des gewählten Zeichens begründet wird. An diesen Grundsätzen sei namentlich bei solchen Zeichen festzuhalten, die aus einer warenbeschreibenden Angabe gebildet werden; denn nach der insoweit eindeutigen gesetzlichen Regelung in § 16 WZG solle die nicht warenzeichenmäßige Verwendung solcher Angaben grundsätzlich jedermann freistehen¹⁶⁸⁾.

In der "Heinzelmännchen"-Entscheidung¹⁶⁹⁾ wird generell die nicht-zeichenmäßige Verwendung eingetragener Zeichen im Hinblick auf die in § 16 WZG erfolgte Interessenabwägung für zulässig erklärt; das dort geschützte Interesse der Mitbewerber und der Allgemeinheit am ungehinderten, nicht zeichenmäßigen Gebrauch allgemeiner Bezeichnungen dürfe nicht zugunsten von Einzelinteressen zurückgedrängt werden. Diese Argumentation hätte freilich im früheren "Vorrasur-Nachrasur"-Fall¹⁷⁰⁾

166) BGH v.12.7.1963, a.a.O., 85.

167) GRUR 1968, 425 - Feuerfest II, m.Anm. Harmsen.

168) BGH v.25.10.1967, a.a.O., 427, unter Hinweis auf BGH v. 5.4.1957, GRUR 1957, 435, 538 - Eucerin.

169) BGH v.30.5.1969, GRUR 1970, 31.

170) BGH v.23.9.1958, GRUR 1959, 130.

zur Klageabweisung führen müssen, besonders wenn der Satz des BGH hinzugezogen wird, daß dem Zeicheninhaber nicht schlechthin Schutz gegen jede Schwächung seines Zeichens gewährt werde¹⁷¹⁾.

5. Kritik an der Begründung der Unlauterkeit mit der Schwächung der Kennzeichnungskraft

a) Ansicht der Literatur

Während die Rechtsprechung zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Kennzeichnungsrechten unter dem Gesichtspunkt der unlauteren Behinderung keine kontroverse Stellungnahme auslöste, nahm eine Anzahl von Stimmen in der Literatur Anstoß sowohl am Denkansatz wie an dem Argument des BGH zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Kennzeichnungsrechten gegen Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft. So rügen Hefermehl¹⁷²⁾ und Schroeter¹⁷³⁾, daß mit der BGH-Rechtsprechung die vom Gesetzgeber mit dem Warenzeichen- und Ausstattungsschutz gezogenen Grenzen unbeachtet geblieben sind. Nach zeichenrechtlichen Grundsätzen könne der Zeicheninhaber nicht gegen eine Schwächung seiner Kennzeichnung vorgehen, solange die Grenze der Verwechslungsgefahr i.S. §§ 24, 25, 31 WZG, 16 UWG nicht überschritten sei. Ein Einschreiten sei daher auch nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen nicht mit der Begründung möglich, die nicht verwechslungsfähige Annäherung schädige den Kennzeicheninhaber. Die Interessenabwägung des Zeichenrechts müsse auch wettbewerbsrechtlich beachtet werden¹⁷⁴⁾. Gegen den Vorwurf eines sittenwidrigen

171) Vgl. BGH v.5.4.1957, GRUR 1957, 435, 438 - Eucerin; BGH v.25.10.1967, GRUR 1968, 425, 427 - Feuerfest II.

172) In Anm. zu BGH v.23.6.1967 "Maggi", GRUR 1968, 378, 379.

173) In WRP 1968, 435, 437 Fußn.20.

174) So im Grundsatz auch Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm.166.

Handelns mit der Begründung der Schwächung von Kennzeichen wendet sich aus dem gleichen Grund auch D.Reimer¹⁷⁵⁾. Ihm mißfällt obendrein die aus der Marktstärke des jeweiligen Angreifers hergeleitete unlautere Behinderungsabsicht, die beim wirtschaftlich Schwächeren auf Ausnutzung oder Ausbeutung gerichtet sein soll, während eine solche Absicht beim marktstarken Angreifer zu verneinen wäre. Bedenklich findet es D.Reimer auch, wenn die Haftung des marktstarken Mitbewerbers allein wegen der größeren Schwächung der Kennzeichnungskraft verschärft würde. Dagegen könne von einem unlauteren Behinderungswettbewerb gesprochen werden, wenn der jüngere Kennzeichenbenutzer planmäßig und zielbewußt durch die wiederholte Wahl nicht verwechslungsfähiger Kennzeichnungen einen Besitzstand des Älteren verhindere¹⁷⁶⁾.

Trotz dieser Bedenken erfährt der BGH für die entschiedenen Einzelfälle Zustimmung. So sieht Hefermehl^{177/178)} die Rechtsprechung deswegen für gerechtfertigt an, weil es sich in den jeweiligen Fällen um besonders wertvolle Kennzeichen gehandelt habe, die wegen ihrer außerordentlichen Zugkraft und Werbewirksamkeit Ausnahmeerscheinungen darstellten. Eine Annäherung an solche Kennzeichen sei nur bei sachlichen Gründen des Annähernden zulässig.

b) Eigene Stellungnahme

Zunächst ist der Gesichtspunkt der wettbewerbswidrigen Kennzeichenschwächung zu behandeln, bevor auf die Tatbestandsgruppe der unlauteren Behinderung eingegangen werden soll.

175) Festschrift Wendel, 98, 113.

176) Festschrift Wendel, a.a.O., 113/114; gleicher Ansicht insoweit auch v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 133,144/145; es handelt sich letztlich um den auch in der französischen und italienischen Lehre und Rechtsprechung bekannten Fall des "parasitären Wettbewerbs", vgl. oben S.77,63.

177/178)

Anm.z. BGH v.23.6.1967 "Maggi", GRUR 1968, 378, 379/380; ders., Anm.z.BGH v.12.7.1967 "Blunazit", GRUR 1968, 586, 587; Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG Anm.165 ff.

aa) Kennzeichenschwächung

- (1) Probleme der Kennzeichnungskraft spielen eine erhebliche Rolle bei der Beurteilung des Schutzzumfangs im Rahmen der Prüfung auf verwechslungsgefährliche Zeichenbenutzung (§ 31 WZG)¹⁷⁹⁾. Die ursprüngliche Unterscheidungskraft bemißt sich einerseits nach der Eigenart und Einprägsamkeit des Zeichens, einer gewissen Originalität im Verhältnis zu anderen Kennzeichen und andererseits einer ursprünglichen Zeichenschwäche, die ihren Ursprung z.B. in der allgemeinen Üblichkeit der zeichenmäßigen Verwendung oder in ihrer Nähe zur Beschaffenheits- oder Bestimmungsangabe haben kann¹⁸⁰⁾. Dagegen erwächst die Verkehrsgeltung einer Kennzeichnung aus Umfang, Art und Intensität der Benutzung im Wettbewerb mit anderen Kennzeichenrechten¹⁸¹⁾. Da also der Schutzzumfang eines Zeichens bestimmt wird unter Berücksichtigung der Eigenwerte eines Zeichens als auch auf Grund seiner wettbewerblichen Stellung als Herkunftshinweis, bedeutet dies, daß auch im Rahmen der zeichenrechtlichen Beurteilung bereits die gleichen Wertungsgesichtspunkte herangezogen werden, deren sich das Wettbewerbsrecht zur Erfassung der Schutzwürdigkeit einer Kennzeichnung bedient¹⁸²⁾. Aus dem gleichen Grund werden für den Schutzzumfang auch wettbewerbliche Einflüsse erheblich, die zu einer Schwächung der zeichenrechtlichen Wirkung im Wettbewerb führen. Eine solche Schwächung kann dadurch eintreten, daß im Lauf der Zeit in erheblichem

179) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm.14, 38; v.Gamm, § 31 WZG, Anm.24; Ulmer-Reimer, Nr.197 m.umfangreichen Nachweisen; Storkebaum-Kraft, § 31 WZG, Anm.47; umfassend Schluep, 15 ff., 17.

180) Vgl. BGH v.25.1.1957, 281, 283 - Karo-As; BGH v.25.10.1957, GRUR 1958,339,341 - Technika; auch BGH v.9.7.1965, GRUR 1965, 601, 603 - Roter Punkt; auch ein geringer Abstand von anderen Kennzeichen bei der Eintragung kann eine ursprüngliche Zeichenschwäche zur Folge haben, vgl. Leo, GRUR 1963,607; in der Literatur Baumbach-Hefermehl, § 4 WZG Anm.21; Ulmer-Reimer, Nr.197; Storkebaum-Kraft, § 4 WZG, Anm.45,46; v.Gamm, § 4 WZG, Anm.31; Schluep, 17.

181) Vgl. statt aller Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG,Anm.14,95 ff.

182) Gleicher Ansicht v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht 133, 139.

Umfang ähnliche Zeichen auf dem gleichen oder einem benachbarten Warengebiet in Benutzung genommen werden. Die Gefahr einer solchen Schwächung ist umso größer je mehr sich das eingetragene Zeichen an beschreibende Bezeichnungen anlehnt¹⁸³⁾. Bei derartigen Zeichen, die entweder von Haus aus oder durch Verkehrsgewöhnung einen geringen Schutzzumfang haben, kann der Verkehr genötigt sein, auf geringfügige Unterschiede zwischen zwei Kennzeichen zu achten, um nicht aus den Gemeinsamkeiten auf den gleichen Hersteller oder miteinander organisatorisch oder wirtschaftlich verbundene Unternehmen zu schließen¹⁸⁴⁾. Dem Inhaber eines sogenannten schwachen Zeichens, - sei es von Haus aus oder durch das Aufkommen ähnlicher Zeichen - wird vom Gesetz durchaus zugemutet, die aus der Schwäche seines Zeichens herrührende Ähnlichkeiten der konkurrierenden Zeichen zu ertragen.

Für die gegenwärtige Argumentation ist jedoch festzuhalten, daß der Gesetzgeber Eingriffe in ein Zeichenrecht auf die Verwechslungsgefahr begrenzt hat. Selbst wenn Rechtsprechung und Literatur wettbewerbliche Gesichtspunkte dabei mit berücksichtigen, so ist doch die Gefahr einer jenseits der zeichenrechtlichen Grenzen liegenden Schwächung nicht zu verhindern. Sie wird zum Teil gerade aus wettbewerbsrechtlichen Gründen hingenommen, wie sich z.B. an Kollisionsfällen räumlich begrenzter Ausstattungsrechte oder Fällen der Gleichnamigkeit sowie in Fällen von Verwirkung

183) Vgl. statt aller Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm.111, 118; Ulmer-Reimer, Nr. 197 m.w.N.

184) Zur sog. Abstandslehre vgl. BGH v.15.2.1952, GRUR 1952, 419, 420 - Gumax/Gumasol; seither ständige Rechtsprechung; Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG Anm. 119, 120 ff.; kritisch Leo, GRUR 1963, 607; v.Harder, GRUR 1964, 299; Schluep, 21 ff., der die Schutzzumfangsbegrenzung als materielles Rechtsprinzip wertender Art sieht.

zeigt¹⁸⁵⁾. Der BGH selbst hat den Grundsatz des begrenzten Schutzes von Zeichenrechten mehrfach deutlich ausgesprochen. So heißt es im "Eucerin"-Fall¹⁸⁶⁾, daß jeder Zeicheninhaber damit rechnen müsse, daß die Kennzeichnungskraft seines Zeichens durch Aufkommen ähnlicher Zeichen geschwächt werden könne, ohne daß damit ein wettbewerbswidriger Zustand vorzuliegen brauche. Diese Rechtsauffassung wird bestätigt im "Feuerfest II"-Fall¹⁸⁷⁾.

- (2) Von dieser Rechtsprechung hat sich der BGH in der "Maggi"- und in der "Blunazit"-Entscheidung gelöst: Was als alleiniges Merkmal wettbewerbsrechtlich ohne weiteres zulässig erschien, nämlich die Gefahr einer Schwächung der Kennzeichnungskraft durch Mitbenutzung nicht verwechslungsfähiger Merkmale, wird nun als ein besonderer Umstand angeführt, um eine nur ähnliche - nicht aber verwechslungsfähige - Kennzeichenbenutzung im Warengleichartigkeitsbereich für unlauter zu erklären. Dieses Ergebnis verwundert um so mehr, als der BGH nicht einmal eine besonders unlautere Willensrichtung des Handelnden verlangt. Auch der "Rettungsversuch" Hefermehls in der Anmerkung zum "Maggi"-Urteil wird vom BGH nicht angenommen; Hefermehl stimmt dem Urteil deswegen zu, weil es sich bei der gelb-roten Maggi-Ausstattung um ganz besonders wertvolle Kennzeichnungsmittel handele, denen der Bekanntheitsgrad einer berühmten Marke zukomme, auch wenn keine Alleinstellung vorliege. Denn in

185) Vgl. für Ausstattungsrechte: Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, Anm.80; BGH v.21.12.1954, GRUR 1955, 406 - Wickelsterne; BGH v.17.2.1961, GRUR 1961, 347 - Almglocke; zum Recht der Gleichnamigkeit: Baumbach-Hefermehl, § 16 UWG, Anm.70 ff., 82; dies., § 31 WZG, Anm.139; Ulmer-Reimer, Nr.241, Nr.243; BGH v.18.9.1959, GRUR 1960, 33 - Zamek I; BGH v.18.11.1966, GRUR 1967, 335 - Rabe; zur Verwirklichung: Baumbach-Hefermehl, Einleitung UWG, Anm.344 ff.; Ulmer-Reimer, Nr.117; BGH v.17.3.1965, GRUR 1966, 38, 43 - Centra; BGH v.28.1.1966, GRUR 1966, 427 - Prince Albert.

186) BGH v.5.4.1957, GRUR 1957, 435, 438.

187) BGH v.25.10.1967, GRUR 1968, 425, 427 unter Hinweis auch auf BGH v.22.10.1957, GRUR 1958, 233, 235 - mit dem feinen Whipp.

der "Blunazit"-Entscheidung geht der BGH von einer nur normalen Kennzeichnungskraft des strittigen Zeichenbestands aus, das mit besonderer Werbung im Verkehr bekannt wurde. An die vom Gericht erwartete Entwertung des Werbeerfolges knüpft der BGH den Unlauterkeitsvorwurf. Diese Rechtsprechung wirkt um so bedenklicher, weil sie unzureichend auf Vermutungen gestützt und widersprüchlich begründet ist. Denn in mehreren Entscheidungen¹⁸⁸⁾ hat der BGH den Vorrang der zeichenrechtlichen Würdigung des Sachverhalts betont, wenn Gegenstand des angeblich unlauteren Verhaltens Kennzeichenrechte sind. Unter diesem Gesichtspunkt verneint er im "Blunazit"-Fall auch eine Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Herkunftsstätten, weil die Beklagte das strittige Merkmal ihrer bekannten eigenen Ausstattung eingefügt hatte; dies im Gegensatz zu seinen Ausführungen im "Maggi"-Fall, wo die Verwechslungsgefahr bei Hinübernahme der klägerischen Zeichenmerkmale bejaht wird¹⁸⁹⁾. Weiterhin aber weist das Gericht darauf hin, daß solche Fälle mit Hilfe des zeichenrechtlichen Begriffs einer mittelbaren Verwechslungsgefahr¹⁹⁰⁾ erfaßt und gegen Beeinträchtigungen geschützt werden könnten¹⁹¹⁾. Dennoch sahen sich die Richter veranlaßt, Grundsätze zum ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz zu verkünden, die "ungewollt noch mehr Verwirrung stifteten"¹⁹²⁾.

188) So zuletzt vorher BGH v.4.11.1966, GRUR 1967, 315, 317 - skai-cubana; auch BGH v. 25.10.1967, GRUR 1968, 425, 427 - Feuerfest II.

189) BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371, 375; vgl. auch BGH v. 11.5.1966, GRUR 1966, 499 - Merck.

190) Die h.L. spricht hier von Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn, vgl. statt aller Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG Anm.22, 74 ff.

191) BGH v.12.7.1967, GRUR 1968, 581, 585.

192) Schroeter, WRP 1968, 435, 437.

Die Argumentation des BGH begegnet aber auch im einzelnen Bedenken. So wurde die in der "Maggi"-Entscheidung aufscheinende Schematisierung des Unlauterkeitsvorwurfs bemängelt¹⁹³⁾. Die Unterstellung des BGH, ein wirtschaftlich schwächerer Mitbewerber sähe sich nur auf Grund der Übereinstimmung zwischen den konkurrierenden Zeichen dem kaum widerlegbaren Vorwurf der unlauteren Ausbeutung oder der Verwechslungsabsicht ausgesetzt, während er diesen Vorwurf gegenüber einem marktstarken Beklagten für schwer erweisbar hält¹⁹⁴⁾, deutet auf eine gewisse Voreingenommenheit gegenüber kleinen Marktteilnehmern hin. Der Schritt zur generellen Unzulässigkeit einer Kennzeichenannäherung erscheint angesichts dessen nicht mehr weit und ist von der Rechtsprechung zumindest für wertvolle Kennzeichnungen auch getan worden, zumal der Unlauterkeitsvorwurf auf Umstände gestützt wird, die zum Bereich der Schutzwürdigkeit des angegriffenen Rechtsguts gehören¹⁹⁵⁾. Damit ist auch die neuerdings vom BGH befürwortete Nähe der wettbewerblichen Rechtsprechung zum sondergesetzlichen Schutz der Immaterialgüter angesprochen¹⁹⁶⁾. Im übrigen spricht aus der Wertung des BGH eine höchst anfechtbare Wohlverhaltensvermutung zugunsten marktstarker Mitbewerber. Wo der schwache Konkurrent - um mit dem BGH zu sprechen - "durch Erwecken von Bekanntheitsgefühlen beim Verbraucher" dem starken Wettbewer-

193) D.Reimer, Festschrift Wendel, 98, 113.

194) So BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371, 377 - Maggi.

195) Vgl. BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371, 377 - Maggi; BGH v. 12.7.1967, GRUR 1968, 581, 585 - Blunazit; so auch Hefermehl in den Anmerkungen zu beiden Urteilen, der die Rechtfertigung allein aus dem wettbewerblichen Wert der Kennzeichnungen herleitet, vgl. GRUR 1968, 378, 379 und GRUR 1968, 586.

196) So ausdrücklich BGH v.8.10.1971, GRUR 1972, 189, 190 - Wandsteckdose II; BGH v.16.2.1973, NJW 1973, 622 - Miss Petite; BGH v.19.11.1973, NJW 1973, 800 - Modeneinheit. Die Gefahr, daß aus einer solchen Argumentation die Unlauterkeit mit Schutzwürdigkeit gleichgesetzt, die gewerblichen Schutzrechte entwertet werden, ist bei v.Falck, Anm. z.BGH "Centra", GRUR 1966, 43,45 angesprochen; sie wurde bereits von Isay, GRUR 1928, 71, 421 gesehen. Neuestens auch kritisch Englert, Mitarbeiterfestschrift für E.Ulmer, 297.

ber Marktanteile abjagen will, da wird auch der starke Konkurrent bei gleichbleibendem Sachverhalt seinen eigenen Marktanteil zu Lasten des Mitbewerbers vergrößern wollen¹⁹⁷⁾. Zumeist ist gerade der gleich starke Marktgegner auch der intensivste Wettbewerber.

Andererseits stützt der BGH seine wettbewerbsrechtliche Beurteilung auf die Vermutung der Kennzeichenschwächung, die er für eine zeichenrechtliche Beurteilung als unzulässig erklärt hat. Nach dem "Maggi"- wie auch nach dem "Blunazit"-Urteil führt nämlich die Mitbenutzung der strittigen Zeichenbestandteile durch Mitbewerber zu einer derartigen Schwächung der individualisierenden Hinweiswirkung dieser Merkmale, daß künftig auch Dritte, die jetzt noch wegen unlauterer Anlehnung verurteilt werden könnten, an einer Mitbenutzung nicht zu hindern sind¹⁹⁸⁾. Diese Argumentation, mit der das Gericht den Vorwurf der Unlauterkeit begründet, verwundert aus mehreren Gründen. Einmal, weil nur wenige Zeilen vorher der BGH den angegriffenen Zeichen bestätigt, daß sie wertvoll und im Verkehr kraft Benutzung bekannt seien. Gerade diesen Zeichen ist aber nach feststehender Rechtsprechung¹⁹⁹⁾ eine Abwehrkraft gegen ein Eindringen in ihren Schutzbereich zu eigen, die eine Schwächung der Kennzeichnungskraft nicht ohne weiteres wahrscheinlich sein läßt. Weiterhin erstaunt diese Beweisführung, weil - ebenfalls nach gefestigter Auffassung²⁰⁰⁾ - bislang im allgemeinen die Gefahr einer Zeichenschwächung dann verneint wurde,

197) Ähnlich im Ergebnis D.Reimer, Festschrift Wendel, 113.

198) BGH v.23.6.1967, a.a.O., 377 - Maggi; BGH v.12.7.1967, a.a.O., 585 - Blunazit.

199) BGH v.10.5.1955, GRUR 1955, 484 - Luxor; BGH v.18.11.1955, GRUR 1956, 179, 182 - Ettal-Flasche; BGH v.9.7.1965, GRUR 1965, 601, 604 - Roter Punkt.

200) BGH v.10.5.1957, GRUR 1957, 499, 501 - Whipp; BGH v.16.10.1966, GRUR 1967, 294, 296 - Triosorbin; BGH v.19.10.1966, GRUR 1967, 253, 254 - Conny; ebenso Reimer-Trüstedt, 402; Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm.126.

wenn nur ein einzelnes ähnliches Kennzeichen benutzt wurde; zur Schwächung der Kennzeichnungskraft sind im übrigen nur Konkurrenzzeichen geeignet, die in den Schutzbereich, d.h. in den Bereich der Verwechslungsgefahr, eindringen²⁰¹⁾. Und schließlich widerspricht die wettbewerbliche Schwächungstheorie des BGH der bisherigen einhelligen Auffassung, daß eine Schwächung der Kennzeichnungskraft durch Drittbenutzungen nicht eintreten müsse, sondern nur eintreten könne. Es sei deshalb geboten, die tatsächlichen Auffassungen des Verkehrs über die Kennzeichnungskraft durch darauf abzielende Verkehrsbefragungen zu ermitteln²⁰²⁾. Über alle diese bisherigen Grundsätze zur Beurteilung einer Kennzeichnungsschwächung setzt sich der BGH hinweg. Sein kurzer Hinweis darauf, daß solche Fälle der Beeinträchtigung wertvoller Kennzeichnungen nicht ausschließlich nach den auf den Normalfall zugeschnittenen Regeln des WZG zu beurteilen seien²⁰³⁾, genügt nicht als ausreichende Rechtfertigung. Denn - wie oben bereits gesagt - wird gerade das Warenzeichenrecht in weitem Umfang dem Anspruch gerecht, auch nicht "normale" Zeichenrechtsverhältnisse zu erfassen, sei es für den Fall der Zeichenschwäche oder den der Verkehrsdurchsetzung. Den wichtigen und erforderlichen Vorteil, eine solche flexible Beurteilung von festen Punkten aus vorzunehmen, sollte das höchste Zivilgericht nicht derart beiseite schieben.

Das Ergebnis des BGH kann auch nicht mit der Begründung gehalten werden, daß eine Annäherung an wertvolle Kennzeichnungen wegen der Gefahr von Nachahmungen durch andere Wettbe-

201) Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm.119, 125.

202) So ausdrücklich BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371, 376 - Maggi; vgl. auch BGH v.28.6.1955, GRUR 1955, 579, 581 - Sunpearl I; BGH v.21.4.1959, GRUR 1959, 599, 601 - Tee-kanne; BGH v.24.11.1965, GRUR 1966, 259, 261 - Napoléon; Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm.128; Ulmer-Reimer, Nr.198 m.w.N.; Reimer-Trüstedt, 403.

203) BGH v.23.6.1967, a.a.O., 377 - Maggi.

werber zu untersagen sei. Abgesehen davon, daß die Nachahmungsgefahr als unlauterkeitsbegründendes Merkmal immer wieder von der Literatur angegriffen wurde²⁰⁴⁾, ist die Nachahmungsgefahr bislang zur Bejahung der Wettbewerbswidrigkeit nur dann herangezogen worden, wenn dadurch allgemeine oder überragende Rechtsgüter gefährdet erschienen. So wurde die Gefährdung des Wettbewerbs schlechthin²⁰⁵⁾ oder eine Gefährdung der Privatsphäre²⁰⁶⁾ als unlauterkeitsbegründend angesehen. Im vorliegenden Fall handelt es sich aber um einen rein individuell wirkenden Rechtsvorteil, der durch das Nachahmungsargument gefestigt werden soll. Dieses Argument kann daher nicht zur Begründung der Unlauterkeit einer für sich gesehen lauterer Handlung herangezogen werden, zumal der Zeicheninhaber nach geltender Auffassung gegen jeden in den Schutzbereich seines Zeichens eindringenden Mitbewerber mit zeichenrechtlichen Unterlassungsklagen vorgehen kann, die Nachahmungsgefahr daher gering eingeschätzt werden muß.

Kennzeichensschwächung durch nicht verwechslungsfähige Annäherung an Merkmale einer geschützten Warenbezeichnung kann nach der hier vertretenen Auffassung daher nicht zur Begründung der Wettbewerbswidrigkeit herangezogen werden. Der Vorang der Schwächung der Kennzeichnungskraft eines Zeichens erfordert in jedem Fall die Verwendung wenigstens verwechslungsähnlicher Merkmale.

204) Vgl. z.B. v.Harder, GRUR 1962, 439; Döll, BB 1965, 173; neuestens auch Eichmann, Mitarbeiterfestschrift für E.Ulmer, 287, 292 ff.; Schwartz, GRUR 1967, 333, 339.

205) Vgl. BGH v.22.2.1957, 365 - Suwa; BGH v.5.5.1972, GRUR 1972, 603 - Einzelbeförderung.

206) Vgl. BGH v.1.2.1967, GRUR 1967, 430 - Grabsteinaufträge I; BGH v.19.6.1970, GRUR 1970, 523 - Telefonwerbung; BGH v.6.10.1972, GRUR 1973, 210 - Telexwerbung.

bb) Behinderung

- (1) Der von Nipperdey²⁰⁷⁾ geprägte Begriff des Behinderungswettbewerbs hat allgemein Anklang gefunden²⁰⁸⁾. Seiner Definition zufolge werden damit Wettbewerbshandlungen bezeichnet, die nur eine Behinderung des Mitbewerbers herbeiführen, um dadurch erst freie Bahn für den eigenen Absatz zu schaffen. Nicht gesagt ist damit, auf was sich die Behinderung bezieht. So ist es auch erklärlich, daß dem Begriff "Behinderung" verschiedene Schutzgüter zugeordnet werden. Der BGH sah das Kennzeichenrecht als solches oder seinen Werbewert als Gegenstand der Behinderung²⁰⁹⁾, in anderen Entscheidungen dagegen²¹⁰⁾ das wettbewerbliche Verhalten des Konkurrenten selbst angegriffen. An sich ist diese Unterscheidung nicht unbedingt notwendig, um die Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung festzustellen²¹¹⁾. So wird von allen Autoren auch die Möglichkeit grundsätzlich einschränkungslos bejaht, die Annäherung an fremde Kennzeichen als Behinderungswettbewerb zu fassen. Die unterschiedliche Schutzguterfassung deutet jedoch auf unterschiedliche Tatbestandserfordernisse hin, auch stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zu sondergesetzlichen Regelungen je nach Auffassung des Schutzgutes anders. Für die vorliegende Arbeit ist der Schutz der Kennzeichenrechte als solcher maßgebend, die Frage des Behinderungswettbewerbs wird daher auch nur unter dem Gesichtspunkt der Behinderung von Zeichenrechten, d.h. von zeichenrechtlichen Funktionen, behandelt²¹²⁾. Der Schutz des

207) Wettbewerb und Existenzvernichtung, 16 ff.

208) Umfassend dazu Kunze, durchgehend.

209) BGH v.13.10.1959, GRUR 1960, 126, 129 - Sternbild; BGH v. 3.1.1961, GRUR 1961, 244, 246 - Natürlich in Revue; BGH v.13.3.1966, GRUR 1967, 298, 301 - Modess; BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371, 377 - Maggi; BGH v.12.7.1967, GRUR 1968, 581, 586 - Blunazit; ihm folgend Hefermehl in den Anm. zu BGH "Maggi" und "Blunazit", GRUR 1968, 379, 586 und v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 145.

210) BGH v.11.11.1966, GRUR 1967, 304, 306 - Siroset; insoweit folgend D.Reimer, Festschrift Wendel, 113.

211) Ähnlich Kunze, 26.

212) Zum Schutz des gesamten Unternehmensbereiches durch das Wettbewerbsrecht, vgl. Katzenberger, durchgehend.

Warenzeichenrechts ist räumlich und sachlich begrenzten Umfanges²¹³⁾. Wollte man jede Behinderung in der Erlangung einer Herkunftshinweiseigenschaft²¹⁴⁾ oder jede Beeinträchtigung bei der internationalen Verwertung eines nur national geschützten Zeichens²¹⁵⁾ oder jede nicht zeichenmäßige oder nicht verwechslungsfähige Benutzung eines Warenzeichens²¹⁶⁾ ohne weiteres für unlauter erklären, so verlöre die Schutzbegrenzung jegliche Bedeutung. Da jede Zeichenbeeinträchtigung - gleich, ob zugleich eine Verletzung des Warenzeichenrechts oder eine zeichenrechtlich nicht zu erfassende sonstige Beeinträchtigung vorliegt - gleichzeitig auch eine Behinderung des Zeicheninhabers bei der Verfolgung der im Zeichen verkörperten Interessen ist, könnte die Tatbestandsgruppe "Behinderungswettbewerb" in jedem Fall beigezogen werden. Nicht jede Beeinträchtigung eines Konkurrenten in seiner wirtschaftlichen Betätigung ist aber Behinderung im technischen Sinn, ein Verstoß gegen § 1 UWG läßt sich damit allein nicht begründen²¹⁷⁾. Behinderungswettbewerb im technischen Sinn²¹⁸⁾ ist erst dann gegeben, wenn Hauptzweck und -ziel der Wettbewerbshandlung ist, den Wettbewerber ganz vom Markt zu verdrängen oder ihn in seiner wettbewerblichen Entfaltung zu stören oder zu beeinträchtigen; erforderlich ist daher stets ein subjektives Moment²¹⁹⁾. Angriffsgegenstand ist dabei ent-

213) Dazu ausführlicher sogleich unten, S.195.

214) Z.B. BGH v.12.7.1963, GRUR 1964, 82, 85 - Lesering.

215) Z.B. BGH v.23.3.1966, GRUR 1967, 198, 301 - Modess.

216) Z.B. BGH v.13.10.1959, GRUR 1960, 126, 129 - Sternbild; BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371, 377 - Maggi; BGH v.12.7.1967, GRUR 1968, 581, 586 - Blunazit.

217) Kunze, 28/29; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.128; BGH v.27.6.1958, GRUR 1958, 557, 558 - Direktverkäufe; BGH v.16.3.1964, GRUR 1964, 385, 388 - Kaffeetafelrunde.

218) Vgl. Kunze, 26/27; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.128 a.E.

219) Kunze, 30; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.128; Ulmer-Reimer, Nr.291.

weder die Person des Konkurrenten oder sein Unternehmen. Soweit aber die Beeinträchtigung bereits von Sondervorschriften erfaßt werden kann, haben diese den Vorrang vor dem umfassenden wettbewerbsrechtlichen Schutz²²⁰⁾.

Schon aus diesem Grund kann die Richtigkeit der BGH-Rechtsprechung mit ihrer umfassenden Bejahung des § 1 UWG bezweifelt werden, soweit sie bei der Beeinträchtigung von Kennzeichnungsrechten in ihren zeichenrechtlich geschützten Funktionen einen Behinderungswettbewerb annimmt. Soweit daher v.Gamm²²¹⁾ eine wettbewerbswidrige Behinderung von Kennzeichen allein damit bejahen sollte, daß durch die Annäherung die Werbe- und Kennzeichnungswirkung geschwächt und die Entwicklung von Kennzeichnungsrechten verhindert werde, könnte ihm nicht zugestimmt werden. Auch ist unter dem Aspekt einer Behinderung im Wettbewerb nicht erforderlich, daß die nachgeahmten Gegenstände eigenartig und überdurchschnittlich sind²²²⁾.

- (2) Was vielmehr den Vorwurf der unlauteren Behinderung rechtfertigt, liegt außerhalb des Sonderschutzrechts und hat mit der Leistung des beeinträchtigten Konkurrenten unmittelbar nichts zu tun²²³⁾. Es sind dies auch Umstände, die über die zeichenrechtlich unbeachtliche Annäherung an Kennzeichnungen hinaus eine umfassende Behinderung des Konkurrenten erstrebt erscheinen lassen. Nicht die Beeinträchtigung des einen Kennzeichens ist ausschlaggebend, sondern die gezielte Behinderung der wettbewerbslichen Tätigkeit des Mitbewerbers. Auf dem Weg

220) Baumbach-Hefermehl, Allgemeines UWG, Anm.112, 123, 124; Einleitung UWG, Anm.51; insbesondere auch Katzenberger, 144 ff.

221) Festschrift Bundespatentgericht, 145.

222) Gleicher Ansicht Ulmer-Reimer, Nr.291; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.436.

223) Insoweit gleicher Ansicht v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 144; D.Reimer, Festschrift Wendel, 113; ähnlich Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.436.

Über die Zeichenannäherung ist eine solche Behinderung dann denkbar, wenn neue Zeichen des Wettbewerbers von seinem Konkurrenten jeweils bald nach ihrer Einführung durch nicht verwechslungsfähige Anlehnungen in ihrer wettbewerbsrechtlichen Stellung beeinträchtigt werden und damit seine Werbung mit dem Zeichen und die Erlangung einer Verkehrsgeltung verhindert wird²²⁴⁾. Dieses nur auf Behinderung der Wettbewerbsstellung abzielende Verhalten, das noch verstärkt wird durch Anlehnung an Warenarten und -formen, Werbemaßnahmen und Verkaufsmethoden, erscheint unlauter unter dem Gesichtspunkt der Behinderung des Wettbewerbers, nicht des Kennzeichens²²⁵⁾. Es handelt sich daher eigentlich nicht um den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Schutz von Kennzeichen, sondern um einen "normalen" wettbewerbsrechtlichen Schutz gegen Behinderung im Wettbewerb unter Benutzung auch zeichenrechtlicher Mittel. Die Literatur fordert in diesem Rahmen zu Recht die systematisch erscheinende Anlehnung an eine Vilezahl von Kennzeichnungen²²⁶⁾, weil sich daraus die notwendige ausschließliche Zielrichtung der Behinderung herleiten läßt^{226a)}.

224) Vgl. BGH v.3.1.1961, GRUR 1961, 244, 246 - Natürlich in Revue; ein ausgeprägtes Beispiel für wettbewerbswidriges Vorgehen dieser Art ist der vom Corte di Cassazione entschiedene Fall "Motta"/Alemagna", Urteil v.17.4.1962, abgedruckt GRUR Int. 1964, 515 m.Anm.Schricker: Kennzeichnend für "parasitären Wettbewerb" war die Bildung sogen. Parallelmarken wie z.B. "Mottapan"- "Panalemagna", "Panfrutto Motta" - "Dolcefrutto Alemagna".

225) Die französische und italienische Lehre kennzeichnen derartige Formen des unlauteren Wettbewerbs als "parasitären Wettbewerb", vgl. Ulmer-Kraßer, Nr.8, 192 m.w.N.; Ulmer-Schricker, Nr.128 m.w.N.; vgl. oben, S.63, 77.

226) D.Reimer, Festschrift Wendel, 113/114; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 144; Ulmer-Reimer, Nr.291.

226a) In den Bereich des normalen wettbewerbsrechtlichen Schutzes gegen Behinderung fallen auch die von Bauer, S.205 ff. genannten Fälle der Rechtsprechung, vgl. unten Fußn. 230, die dem Sonderbereich der Agentenmarke zugeordnet werden können.

Hier hat auch das unlauterkeitsverstärkende Argument einer systematisch-planmäßigen Handlung seine Berechtigung. Bei einer an sich erlaubten Zeichenannäherung wird mit dem Argument der fortgesetzten, planmäßigen Handlung unter dem Gesichtspunkt der Irreführung der Käufer, Ausnutzung einer Verkehrsgeltung und Ausbeutung eines guten Rufes nichts für die Unlauterkeit gewonnen²²⁷⁾. Scheint dagegen aus der Häufigkeit und Art von Anlehnung an bestehende Kennzeichen des Wettbewerbers die Absicht auf, den Mitbewerber dadurch zu behindern, daß seine Kennzeichen nicht zu einer eigenständigen Verkehrsgeltung und zu einem auf ihn allein hinzielenden wettbewerblichen Besitzstand gelangen, so ist der Schluß erlaubt, daß es dem Anlehnenden in erster Linie auf die Behinderung des Konkurrenten und erst in zweiter Linie auf die Darbietung seiner eigenen Wettbewerbsleistung ankommt²²⁸⁾. Bei einer solchen Häufung von Anlehnungen wird man von Planmäßigkeit und Systematik sprechen können, die wiederum die Annahme einer nur auf Behinderung zielenden Anlehnung wahrscheinlich macht²²⁹⁾. Nur derartige Fälle einer "überschießenden" subjektiven Wettbewerbswidrigkeit erlauben es, von dem Erfordernis abzusehen, daß Kennzeichnungsrechte sonst nur durch den Gebrauch wenigstens verwechslungsähnlicher Kennzeichnungsmerkmale beeinträchtigt und behindert werden können.

Dagegen kann dem BGH zugestimmt werden, wenn er in den Entscheidungen "Modess", "Siroset" und "Recrin"²³⁰⁾ neben der Verwendung verwechslungsfähiger Bezeichnungen das nachweis-

227) ebenso BGH v.3.1.1961, GRUR 1961, 244, 246 - Natürlich in Revue" anders noch RG v.21.12.1934, RGZ 146, 247, 250 - Maccaroni-Packung.

228) Kritisch zum Begriff Leistungswettbewerb, Dörinkel, DB 1967, 1883.

229) BGH v.3.1.1961, GRUR 1961, 244, 246 - Natürlich in Revue; BGH v.12.7.1963, GRUR 1964, 82, 85 - Lesering.

230) BGH v.23.3.1966, GRUR 1967, 298, 301 - Modess, m.Anm. Hefermehl; BGH v.11.11.1966, GRUR 1967, 304, 306 - Siroset, m.Anm.Hefermehl; BGH v.2.4.1969, GRUR Int. 1969, 259 - Recrin.

bare Vorliegen einer Behinderungsabsicht fordert, wobei die Annahme zeichenrechtlichen Schutzes am Fehlen der inländischen Schutzvoraussetzungen scheiterte. Im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung konnten jedoch die ausländischen wertvollen Besitzstände berücksichtigt werden²³¹⁾. Das deutliche Ziel einer Behinderung wäre auch ausschlaggebend für die Untersagung der gattungsmäßigen Verwendung eines eingetragenen Warenzeichens gewesen, wäre die fragliche Bezeichnung nicht ohnehin bereits in einigen Verkehrskreisen als Sammelbegriff geläufig gewesen²³²⁾.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, daß eine wettbewerbswidrige Behinderung im Zusammenhang mit Zeichenrechten nur unter zwei Gesichtspunkten denkbar ist:

durch nicht verwechslungsfähige, häufige Anlehnung an eine Vielzahl von Kennzeichenrechten eines Mitbewerbers, woraus sich der Vorwurf einer planmäßigen Behinderung des Wettbewerbers in seinen Kennzeichen- und Werbemitteln herleiten läßt;

Verwendung gleicher oder verwechslungsähnlicher Zeichenmerkmale außerhalb des Schutzes der §§ 24, 25, 31 WZG, 16 UWG. Zu denken ist hier an das Fehlen einer Verkehrsgeltung im Inland, eine nur örtlich beschränkte Verkehrsgeltung im Inland oder nicht zeichenmäßiger Gebrauch; erforderlich ist in allen Fällen Behinderungsabsicht.

Läßt sich die Behinderungsabsicht aus den Umständen des Einzelfalls nicht nachweisen, z.B. weil der Behindernde sein Verhalten rechtfertigen kann, so verbleibt es bei den vom WZG gesetzten Schutzzgrenzen kennzeichnungskräftiger Merkmale.

231) Vgl. auch Schricker, Festschrift E.Ulmer, GRUR Int.1973, 453, 459: Es herrscht im Wettbewerbsrecht kein Territorialitätsprinzip. Im Fall "Siroset" erfolgte eine Beurteilung mangels eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien allerdings nur auf der Grundlage des § 826 BGB.

232) Vgl. BGH v.12.7.1963, GRUR 1964, 82, 85 - Lesering.

V. Schutzgegenstand und subjektive Unlauterkeitsmerkmale

1. Gesamtabwägung in der Rechtsprechung des BGH

Für eine rechtliche Erfassung des Unlauterkeitsgehaltes einer wettbewerblichen Handlung sind sämtliche Umstände des jeweiligen Einzelfalls maßgeblich²³³⁾. Das gesamte wettbewerbliche Verhalten ist dahingehend zu untersuchen, ob es nach Anlaß, Zweck, Mittel Begleitumstände und Auswirkungen dem Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise widerspricht oder von der Allgemeinheit mißbilligt und für untragbar angesehen wird²³⁴⁾. Innerhalb der Gesamtbeurteilung aber nimmt die Rechtsprechung - ohne dies ausdrücklich zu betonen - schon immer eine wechselseitige Beeinflussung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale an²³⁵⁾. Fehlt es an der objektiv zu bestimmenden Schutzwürdigkeit des nachgeahmten Gegenstandes, so bedarf es im Rahmen der Sittenwidrigkeit besonderer unlauterer Absichten, um eine Unterlassung anordnen zu können²³⁶⁾. Andererseits wurden bei Vorliegen besonders ausgeprägter subjektiver Unlauterkeitsmerkmale, wie z.B. planmäßiger Nachahmung, die Anforderungen an die Schutzwürdigkeit des nachgeahmten Gegenstandes gering angesetzt²³⁷⁾.

233) Vgl. RG v.18.12.1931, RGZ 134, 342 - Benzinpreis; RG v. 17.1.1934, GRUR 1934, 375, 380 - Taylorix; vgl. statt aller Baumbach-Hefermehl, Einleitung UWG, Anm.74.

234) So BGH v.12.1.1972, GRUR 1972, 553 - Statt Blumen ONKO-Kaffee m.w.N.

235) So ist z.B. die Ablehnung eines wettbewerbsrechtlichen Schutzes gegen Nachahmung bei gewöhnlicher Dutzendware aus dem Gesichtspunkt fehlender Schutzwürdigkeit zu verstehen, vgl. RG v.6.1.1931, GRUR 1931, 294 - Manschettenknöpfe; RG v.23.2.1934, GRUR 1934, 370 - Hosenträger; RG v.9.4.1937, GRUR 1938, 68 - Petit Point.

236) In der RG-Rechtsprechung wurde bei Fehlen der Schutzwürdigkeit sogen. Dutzendware ein Schutz mit der Begründung abgelehnt, der Verkehr könne sich nicht die erforderliche Herkunftsvorstellung machen; zu dieser Argumentation s.unten S. 159.

237) Vgl. RG v.21.12.1934, GRUR 1935, 376 - Makkaronipackung.

Die Gesamtabwägung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale für die Bejahung der Wettbewerbswidrigkeit hat der BGH übernommen. So sagt er in der Entscheidung vom 14.1.1958²³⁸⁾ ausdrücklich, daß eine Nachahmung auch dann unzulässig im Sinne von unlauter sein könne, wenn dem nachgeahmten Erzeugnis eine wettbewerbliche Eigenart in Form einer Güte- und Herkunftsvorstellung anhand seiner äußeren Gestaltungsform fehle. Dieser Mangel werde gleichsam durch besondere subjektive Unlauterkeitsmerkmale der Nachahmungshandlung aufgewogen. Im zu entscheidenden Fall lag er im Ausnutzen eines besonders schweren Vertrauensbruchs eines Alleinvertreters der Klägerin, der den Beklagten, einen Konkurrenten der Klägerin, zur billigeren Nachahmung der Decken veranlaßte und später den Alleinvertrieb für Decken des Beklagten übernahm. In der "Simili-Schmuck"-Entscheidung vom 27.11.1959²³⁹⁾ präzisiert der BGH diese Lehre vom gegenseitigen Einwirken der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale. Dort heißt es im amtlichen Leitsatz:

"Bei der Frage, ob ein nicht unter Sonderschutz stehendes Erzeugnis wettbewerbsrechtlichen Schutz gegen Nachahmungen genießt, ist zu beachten, daß die objektive Schutzwürdigkeit des Vorbilds und die subjektiven Merkmale der Nachahmungshandlung in einer gewissen Wechselbeziehung zueinander stehen. Je stärker bei der Nachahmungshandlung subjektive Unlauterkeitsmerkmale in Erscheinung treten (hier: zielstrebiges Anklammern an die Gestaltungsformen einer Vielzahl von Schmuckstückmodellen eines Mitbewerbers), um so geringere Anforderungen sind an die Eigenart oder den Grad der Verkehrsdurchsetzung des nachgeahmten Erzeugnisses zu stellen."

Eine ähnliche Abwägung nimmt der BGH im "Hummel II"-Fall²⁴⁰⁾ vor. Ganz anders dagegen die Auffassung, das Sittenwidrigkeitsurteil einer Nachahmungshandlung sei allein auf subjektive

238) GRUR 1958, 351, 353 - Deutschland-Decke.

239) GRUR 1960, 244.

240) BGH v.23.6.1961, GRUR 1961, 581, 584 m.Anm.D.Reimer.

Merkmale zu stützen²⁴¹⁾, oder die Unlauterkeit der Nachahmungshandlung sei mit der besonderen Schutzwürdigkeit des nachgeahmten Kennzeichens allein zu begründen²⁴²⁾. Der BGH stellt damit von dem Begriffspaar "objektive Schutzwürdigkeit des Vorbilds - subjektive Merkmale der Unlauterkeit" eine Seite in Frage.

2. Auffassung der Literatur

In der Literatur haben sich Nerreter und ausführlich Seiler mit den Problemen einer Gesamtbeurteilung des einheitlichen Lebensvorgangs²⁴³⁾ befaßt und dabei die wechselseitige Beeinflussung objektiver und subjektiver Merkmale im Rahmen der Gesamtbetrachtung behandelt.

Nerreter²⁴⁴⁾ spricht von einer Regel der Summierung der beiderseits gegebenen Tatbestandsmerkmale, bei der aber auf jeder Seite eine additionsfähige Größe vorhanden sein müsse. Fehlten auf der objektiven Seite Eigenart, Fortschritt oder Bekanntsein des nachgeahmten Vorbildes völlig, oder liege auf der subjektiven Seite keinerlei Unlauterkeit vor, so könne einer Nachahmungshandlung nicht entgegengetreten werden. Seiler²⁴⁵⁾ sieht zwei mögliche Wechselbeziehungen.

241) BGH v.4.1.1963, GRUR 1963, 423 - Coffeinfrei: Planmäßigkeit ohne Verwechslungsgefahr; BGH v.17.3.1965, GRUR 1966, 38 - Centra: Verwechslungsabsicht ohne Verwechslungsgefahr; BGH v.14.4.1965, GRUR 1966, 30 - Konservenzeichen I: Bewußtes Annähern ohne Verwechslungsgefahr.

242) BGH v.13.10.1959, GRUR 1960, 126 - Sternbild: Schädigung der Werbekraft eines wertvollen Zeichens; BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371 - Maggi: Beeinträchtigung wertvoller Kennzeichnungen; BGH v.12.7.1967, GRUR 1968, 581 - Blunazit: Gefährdung wertvoller Kennzeichnungen.

243) Zu letzterem v.Gamm, WRP 1958, 367.

244) GRUR 1957, 529.

245) BB 1967, 257.

Damit meint er einmal eine Beziehung innerhalb der einzelnen Elemente des Grundtatbestandes der sklavischen Nachbildung, zu dem in objektiver Hinsicht eine verwechslungsähnliche Nachbildung eines schutzwürdigen Vorbildes erforderlich sei, und in subjektiver Hinsicht, daß der Nachbildende erforderliche und zumutbare Maßnahmen zur Abwendung der Verwechslungsgefahr unterlassen habe. Dazu treten nach Ansicht Seilers die besonderen Umstände, innerhalb derer er aber die Möglichkeit einer Wechselbeziehung verneint, weil sie dann insgesamt nicht mehr mit der notwendigen Gesamtstärke vorhanden seien; dann läge überhaupt keine unzulässige Nachahmung mehr vor. Dagegen sieht Seiler die Möglichkeit graduel-
ler Kompensation zwischen den objektiven und subjektiven Elementen des Grundtatbestandes und den "ganz besonders verwerflichen" Tatumständen des Einzelfalls. Zu letzteren zählt er Erschleichen, Vertrauensbruch und planmäßiges Vorgehen des Nachbilders.

Eine solche wechselseitige Einwirkung der auf die Schutzwürdigkeit des Vorbilds bezogenen objektiven Merkmale und der auf das Verhalten des Nachahmers bezogenen subjektiven Unlauterkeitsmerkmale befürworten auch die übrigen Stimmen in der Literatur²⁴⁶⁾. Dabei wird aber stets betont, daß die subjektiven Unrechtselemente nicht die objektiven Tatbestandsmerkmale ersetzen dürften²⁴⁷⁾, vielmehr müßten sich die Unlauterkeitsmomente im objektiven Tatbestand niederschlagen²⁴⁸⁾. Den gleichen Gedanken hatte schon Nrreter²⁴⁹⁾ vertreten, indem er eine additionsfähige Größe sowohl für objektive wie für subjektive Tatbestandsmerkmale forderte.

246) Vgl. statt aller Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.44,349, 361; Ulmer-Reimer, Nr.268; Reimer-v.Gamm, Anm.9; die Meinung von Gewiese, GRUR 1936, 297, und Schröter, GRUR 1949, 229, wonach bei der wettbewerblichen Beurteilung die Leistung und ihre Schutzwürdigkeit außer Betracht zu bleiben haben, wird nicht mehr vertreten.

247) Vgl. Reimer-v.Gamm, Anm.9.

248) Vgl. Ulmer-Reimer, Nr.64 einerseits, Nr.62 andererseits: Das Wettbewerbswidrige könne allein in den objektiven Tatbestandsmerkmalen auf der Hand liegen.

249) GRUR 1957, 529.

3. Eigene Stellungnahme

Soweit die Rechtsprechung und Literatur ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen objektiven Schutzwürdigkeitsmerkmalen und subjektiven Unlauterkeitserfordernissen annehmen, akann ihnen grundsätzlich zugestimmt werden. Bedenken müssen jedoch gegen die Art und Weise geltend gemacht werden, in der die Feststellung dieses gegenseitigen Einwirkens erfolgt. Denn so, wie die Rechtsprechung aus der objektiven Schutzwürdigkeit des angegriffenen Rechtsguts auf die unlauteren Absichten des Angreifers schließt, besteht die Gefahr, daß die Grenze zum absoluten, bloß objektiven Rechtsschutz der gewerblichen Schutzrechte verwischt wird, daß weiterhin Sittenwidrigkeit konstruiert wird, wo ein nur "unbequemes" Konkurrenzverhalten vorliegt²⁵⁰⁾. Auf der anderen Seite können nach der Rechtsprechung besondere subjektive Unlauterkeitsmerkmale eine Untersagung nach § 1 UWG auch dann fordern, wenn kein objektiv schutzwürdiges Rechtsgut angegriffen wird. Der wettbewerbliche Schutz gerät damit in die Nähe der Gesinnungsstrafe einerseits, andererseits wird der Grundsatz des freien Wettbewerbs eingeschränkt²⁵¹⁾. Mit seiner Hilfe könnte im Vorfeld jeglicher Zeichenverletzung oder gar -gefährdung

250) Diese Gefahr sehen auch v.Falck, Anm.zu BGH "Centra", GRUR 1966, 43, 44 und Beier, GRUR 1967, 628, 631; sie wird bestätigt durch BGH v.8.10.1971, GRUR 1972, 189 - Wandsteckdose II, mit Anm. Hefermehl.

251) Das WZG ist als "legales Monopol" eine zulässige Einschränkung der allgemeinen Wettbewerbsfreiheit, vgl. Fikentscher, S.245/46; Loewenheim, S.211 m.w.N. Wird aber der gesetzliche Anwendungsbereich des WZG verlassen und unbequemes Konkurrenzverhalten - in der Form der nichtverwechslungsfähigen Annäherung oder Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Werbekraft jeweils ohne Verwechslungsgefahr als unlauter gewertet, so liegt darin ein Überschreiten der legalen Grenzen; die Wettbewerbsfreiheit wird eingeschränkt; vgl. Fikentscher, S.270, 277 ff., 298/299.

bereits eingeschritten werden, was eine an feste Tatbestandsmerkmale geknüpfte Zeichenrechtsordnung illusorisch machen würde²⁵²⁾.

Vor allem darf bei der gebotenen Würdigung des Gesamtverhaltens nicht übersehen werden, daß objektive Schutzwürdigkeit des Rechtsguts und subjektive Unlauterkeitsmerkmale nur zwei von mehreren Gesichtspunkten sind, unter denen das Gesamtverhalten zu prüfen ist, um eine Wettbewerbswidrigkeit des Handelnden zu bejahen²⁵³⁾. Dabei ist dem BGH entgegenzuhalten, daß eine verstärkte Heranziehung subjektiver Aspekte die in einigen Entscheidungen offenbar gewordene Gefahr mit sich bringt, von einer objektiven Komponente im Gesamttatbestand überhaupt abzusehen²⁵⁴⁾. Damit würde etwas Ähnliches wie Rechtsfigur des im Strafrecht bekannten untauglichen Versuchs in das Zivilrecht eingeführt²⁵⁵⁾. An sich scheint diese Wertung eine konsequente Entwicklung der Auffassung, daß fehlende objektive Elemente des Gesamttatbestandes durch subjektive Unlauterkeitsmerkmale aufgewogen werden können. Sie übersieht aber einerseits, daß bislang auf objektiver wie auf subjektiver Seite jeweils additionsfähige Größen erforderlich waren, andererseits, daß die Unlauterkeit einer Zeichenbeeinträchtigung im weitesten Sinn nicht allein mit den Komponenten Schutzwürdigkeit der angegriffenen Warenkennzeichnung auf der einen Seite und vorwerfbarem Handeln auf der anderen Seite erfaßt werden kann. Sie ist vielmehr das Ergebnis der Abwägung einer Viel-

252) Vgl. v.Falck, Anm. zu BGH "Centra", a.a.O.; Schroeter, WRP 1968, 125, 127, 437; auch Beier, GRUR 1967, 628, bedauert den Mangel an Rechtssicherheit.

253) Vgl. zur Einbeziehung anderer Aspekte in die Gesamtwürdigung Schricker, Gesetzesverletzung, 212 ff., 223 m.w.N. und unten S. 167.

254) Vgl. BGH v.17.3.1965, GRUR 1966, 38 - Centra; BGH v.14.4.1965, GRUR 1966, 30 - Konservenzeichen I; BGH v.9.7.1965, GRUR 1966, 601 - Roter Punkt.

255) Vgl. Schroeter, WRP 1968, 125, 129; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, 76; v.Gamm, Einf.WZG, Anm.81, 82; Reimer-v.Gamm, Anm.9.

zahl von widerstreitenden Interessen und Wertungen; eine vereinfachende Alternative von objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen erscheint daher unzulässig, vor allem wenn man bedenkt, daß es sich hier um die Wertausfüllung einer Generalklausel handelt und damit letztlich um Rechtsfortbildung durch den Richter²⁵⁶⁾.

Zusammenfassung:

Ausgehend von der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur sklavischen Nachahmung hat der BGH dessen Grundsätze ohne Einschränkung auf den wettbewerbsrechtlichen Schutz von Kennzeichnungen übernommen.

Neben der These des BGH, daß der wettbewerbsrechtliche Schutz auch vor Prüfung der warenzeichenrechtlichen Schutzmöglichkeiten gewährt werden könne, hat in der Literatur vor allem auch die weitere These des BGH Kritik hervorgerufen, daß nicht nur das vermeidbare Hervorrufen von Verwechslungsgefahr wettbewerbswidrig sei, sondern auch die bereits dahin gerichtete Absicht des sich an Kennzeichnungen Annähernden, ohne daß es der Verwechslungsgefahr bedürfe; auch sei Rufausbeutung ohne Verwechslungsgefahr möglich. Kritik wurde laut, soweit Wettbewerbswidrigkeit aus der möglichen Behinderung und Kennzeichenschwächung ohne Verwechslungsähnlichkeit der Kennzeichen bejaht wurde.

Im vorigen hat sich gezeigt, daß derartige Auffassungen nicht nur das Warenzeichengesetz aus den Angeln heben und überflüssig machen würden, sondern auch, daß die Thesen und Schluß

256) Vgl. Hilger, Festschrift Larenz, 109 ff. zu Problemen des Richterrechts.

folgerungen der Rechtsprechung anfechtbar sind. So ist im Bereich der Kennzeichnungen Beeinträchtigung der Ähnlichkeit, Rufausbeutung, Behinderung oder Kennzeichenschwächung nur denkbar bei Verwechslungsähnlichkeit der Kennzeichnungen, wobei Verwechslungsgefahr im engeren und im weiteren Sinn zu beachten sind. Einzige Ausnahme ist die Behinderung des Wettbewerbers durch planmäßiges, häufiges Anlehnen an eine Vielzahl von Kennzeichen.

Weiterhin ist zu bedenken, daß zwar im Rahmen des Gesamttatbestandes objektive und subjektive Merkmale der Handlung in einer gewissen Wechselbeziehung stehen, daß aber nicht eines der beiden Merkmale - wie dies der BGH zum Teil bejaht - völlig entfallen kann. Obendrein wird eine solche Beschränkung der Unlauterkeitsprüfung dem komplexen Sachverhalt und den aus der Rechtsstaatlichkeit abzuleitenden Anforderungen an den rechtsfortbildenden Richter nicht hinreichend gerecht.

3. Teil : Grundsätze einer interessengerechten Lösung

Vorbemerkung

Im folgenden soll dargestellt werden, auf welche Weise die konkretisierungsbedürftige wettbewerbsrechtliche Generalklausel des § 1 UWG die Erfassung von vorgegebenen Wertungen und Interessen erlaubt. Im Anschluß daran ist zu untersuchen, welches diese Wertungen und Interessen auf dem Gebiet des Warenzeichenrechts sind. Hieran anschließend soll versucht werden, Grundsätze aufzustellen, die für den wettbewerbsrechtlichen ergänzenden Kennzeichenschutz zu beachten sind.

6. Kapitel: § 1 UWG und das Warenzeichenrecht

A. Wettbewerbsrecht

I. Verstoß gegen die guten Sitten

§ 1 UWG fordert auf der Tatbestandsseite den Verstoß gegen gute Sitten durch Handlungen zu Zwecken des Wettbewerbs. Der "Verstoß gegen gute Sitten" ist als Tatbestandsmerkmal ein denkbar unbestimmter Rechtsbegriff. Er stellt einen Wertausfüllungsbedürftigen Maßstab dar, der praktikabel nur durch Konkretisierung wird¹⁾. Soweit die Gerichte diese Konkretisierung nicht dadurch vornehmen, daß sie aus Vorentscheidungen ähnlicher Fälle den Typus der unlauteren Handlung im vorgegebenen Fall ableiten²⁾, zieht sich die

1) Vgl. Grunwald, 5 ff.; Larenz, Methodenlehre, 263 ff.; Leenen, durchgehend.

2) Vgl. Schönherr, GRUR Int. 1975, 237; Larenz, Methodenlehre, 265 f.; Leenen, durchgehend; Grunwald, 13.

Rechtsprechung auf die Formel zurück, Lauterkeit sei, was dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden genüge³⁾. Die neuere Rechtsprechung hilft sich mit der Formel vom Anstandsgefühl der durchschnittlichen beteiligten Verkehrskreise oder der Auffassung der Allgemeinheit, denen das konkrete Wettbewerbsverhalten nicht widersprechen oder untragbar erscheinen dürfe. Hierbei ist jeweils die strengere Ansicht maßgebend⁴⁾. Hinzu kommt die umstrittene Problematik, auf welche Weise rechtliche Wertungen bei der Erfassung der Unlauterkeit eines Handelns berücksichtigt werden können und ob der Begriff der guten Sitten notwendig auch subjektive Elemente umfaßt⁵⁾.

1. Rechtsprechung und Literatur

Die Rechtsprechung und ihr folgend die weit überwiegende Lehre⁶⁾ haben die "Anstands-Formel" verstanden als Hinweis auf den Maßstab der Moral, der Ethik und der Sittlichkeit. Damit fordert die Bejahung des Sittenverstößes notwendig subjektive Vorwerfbarkeit, womit grundsätzlich die Kenntnis des Täters von allen Umständen zu fordern ist, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt. Dem steht gleich, wenn der Täter solche Umstände billigend in Kauf nimmt oder sich der

3) Seit RG v.11.4.1901, RGZ 48, 114, 124 ständige Rechtsprechung; vgl. BGH v.20.5.1960, GRUR 1960, 558, 561 - Volkswagen; BGH v.12.1.1972, GRUR 1972, 553 - Statt Blumen Onko-Kaffee.

4) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl.UWG, Anm.65,66, m.w.N.; BGH v.10.1.1968, GRUR 1968, 645 - Pelzversand; BGH v.18.12.1968, GRUR 1969, 287 - Stuttgarter Wochenblatt; BGH v.19.6.1970, GRUR 1970, 523 - Telefonwerbung.

5) Vgl. zum Ganzen ausführlich Arzt, durchgehend; Katzenberger, 93 ff.; Schricker, Gesetzesverletzung, 186 ff.; Sack, GRUR 1970, 493 ff.; jeweils m.w.N.

6) Baumbach-Hefermehl, Einleitung UWG, 57 ff.; Kraft, Interessenabwägung, 111; Ulmer, Nr.62; Ulmer-Reimer, Nr.50, Schricker, Gesetzesverletzung, 191; Katzenberger, 93,94; Sack, GRUR 1970, 493, 495.

Kenntnisnahme bewußt verschließt⁷⁾. Damit ist zwar ausgeschlossen, daß nur bestehende und geübte Sitten zum Maßstab der Entscheidung nach § 1 UWG gemacht werden können⁸⁾, was aber nicht hindert, daß unter guten Sitten nicht auch die bestehenden Sitten erfaßt und als Anhaltspunkt der Entscheidung genommen werden könnten, sofern sie der Sollensordnung entsprechen, auf die § 1 UWG sich bezieht⁹⁾. Wenn auch sonach mit Schricker festzustellen ist, daß der Gegensatz zwischen der ethisch-sittlich fundierten Auffassung zu § 1 UWG und der Wertung der Generalklausel als eines Hinweises auf bestehende Normen kaum noch festzustellen ist, so bleibt doch die Frage unbeantwortet, woher der Richter die Wertordnung nimmt, nach der er ein konkretes Verhalten als nicht gesollt im ethisch-moralischen Sinn oder eine praktizierte Übung als unbeachtlich erklärt.

Während die Rechtsprechung sich hier weitgehend auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden zurückzieht, dem der Richter die Bewertung zu entnehmen habe¹⁰⁾, hat es in der Literatur nicht an Versuchen gefehlt, den Begriff der guten Sitten heteronom zu erfassen¹¹⁾. Um diese letzte Wertordnung zu ergründen, an

-
- 7) Vgl. Katzenberger, 93; Sack, GRUR 1970, 502.
- 8) A.A.: v. Godin, GRUR 1966, 128; Kroitzsch, GRUR 1965, 12; bereits früher Kirchberger, Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb, 27, dazu kritisch Ulmer, JW 1932, 1814 f.; auch Nerreter, Allgemeine Grundlagen, 32 ff., 45 ff.
- 9) Vgl. Sack, GRUR 1970, 495; Katzenberger, 103; Schricker, Gesetzesverletzung, 183; Deiters, 42 ff.; Rinck, Festschrift OLG Celle, 170; Baumbach-Hefermehl, Einleitung UWG, 57, 63, 64; aus der Rechtsprechung vgl. BGH v. 28.3.1969, GRUR 1969, 474, 476 - Bierbezug I.
- 10) Zu dem Zirkelschluß, der darin liegt, daß man für den zu entscheidenden Fall den Kreis der verständigen, billig und gerecht denkenden Durchschnittsgewerbetreibenden erst ermitteln muß und damit Wertung als Grundlage der Wertung nimmt, vgl. Sack, GRUR 1970, 497; auch Schricker, Gesetzesverletzung, 191, 194.
- 11) Umfassend die Darstellung bei Katzenberger, 93 ff.; vgl. auch Schricker, Gesetzesverletzung, 190 ff.; jeweils m.w.N.

der sich die Vorstellungen der betreffenden "maßgeblichen Verkehrskreise" orientieren, ist versucht worden, das sittliche Bewußtsein der Allgemeinheit als Maßstab zu nehmen¹²⁾. Jedoch ist damit nicht hinreichend erklärt, woher die Allgemeinheit ihre Wertungen nimmt und was dem sittlichen Bewußtsein der Allgemeinheit im konkreten Fall entspricht¹³⁾. Solche Schwierigkeiten mit der rechtlichen, justiziablen Erfassung sittlicher, ethisch-moralischer Maßstäbe¹⁴⁾ haben dazu geführt, den ethischen Kern der Entscheidung zu verobjektivieren. Eine Auffassung, die vor allem in der Literatur vertreten wird¹⁵⁾, nimmt die grundlegenden Werte zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit einer generellen objektiven Verhaltensnorm, die jedem Gewerbetreibenden sittenwidrige Wettbewerbshandlungen verbietet¹⁶⁾; damit ist nichts gewonnen.

Eine andere Auffassung präzisiert die objektive sittliche Verhaltensnorm als die im Rechtsleben tatsächlich gehandhabte Rechts- und Moralüberzeugung, an der ein Handeln zu messen sei¹⁷⁾.

12) Vgl. Ulmer-Reimer, Nr.56, Schricker, Gesetzesverletzung, 194; Sack, GRUR 1970, 493, 500; BGH v.20.5.1960, GRUR 1960, 558, 560 - Kundenbestellung; BGH v.20.10.1961, GRUR 1962, 154 - Speditionswerbung.

13) Vgl. dazu Schricker, Gesetzesverletzung, 195 f. Vielfach wird der Vorwurf erhoben, unter der Bezeichnung Allgemeininteresse nähmen die Richter wirtschaftspolitische Entscheidungen vor, vgl. Lehmann, Mitarbeiterfestschrift E.Ulmer, 327; vgl. auch Sack, GRUR 1970, 493, 499, 500; ders., WRP 1974, 247.

14) Dazu anschaulich Schricker, Gesetzesverletzung, 197 ff.

15) Vgl. dazu allgemein aus der älteren Literatur Lobe, MuW Bd.VIII, 1908/09, 270, 272; ders., GRUR 1910, 3, 8; Beier, 28, 27; aus der neueren Lehre Katzenberger, 96 ff. m.w.N.; Schricker, Gesetzesverletzung, 197 ff.; Hefermehl, Festschrift Kastner, 183, 188; ders., Festschrift Nipperdey, 283, 288; Baumbach-Hefermehl, Einl.UWG, Anm.85 ff.; Sprüngli, 64 ff., 134.

16) So besonders deutlich Hefermehl, Festschrift Nipperdey, 288.

17) Vgl. Katzenberger, 118, 129 f. spricht von "Normen einer objektiven, sozialen Moral"; Sack, GRUR 1970, 493, 496 von "Normen der Sozialmoral"; Ulmer, Nr.62 und Ulmer-Reimer, Nr.50 beziehen sich auf "eine der herrschenden Wirtschafts- und Sozialordnung immanente Rechtsethik".

Es hat daher nicht an Versuchen gefehlt, weitere Kriterien zur Erfassung der Sittenwidrigkeit heranzuziehen. Da ist zunächst die Auffassung von Simitis, der versucht hat, den Begriff der guten Sitten dadurch zu konkretisieren, daß er ihm den Begriff des "ordre public" zur Seite stellte¹⁸⁾.

Mit Hilfe des "ordre public" könne auf die geltende Ordnung zurückgegriffen werden, könnten die Grundprinzipien der Rechts- und Wirtschaftsordnung in die Bewertung mit einbezogen werden¹⁹⁾. Dabei würde ein moralischer Vorwurf vermieden und die Anrufung der Sozialmoral überflüssig. Vielmehr werde unmittelbar auf geltende Normen Bezug genommen und damit der Rechtssicherheit ein erheblicher Dienst geleistet, zugleich auch die Wahrung eines inneren Systems der Rechtsordnung angestrebt²⁰⁾.

Auch Kraft strebt nach einer Erfassung des Sittenwidrigkeitsbegriffs von außen her. Er hält²¹⁾ die bisherigen Versuche einer Interpretation des Begriffs "gute Sitten" für unzulänglich: würden gute Sitten erläutert als "die Sitte", so bleibe offen, nach welchen Kriterien entschieden werde, ob eine Sitte "schlecht" und damit zu mißbilligen oder "gut" und daher zu akzeptieren sei. Außerdem werde dem Richter kein Hilfsmittel für den Fall gegeben, wenn sich (noch) keine Sitte gebildet habe. Nehme man die Moral als Maßstab, tue man dem Gesetzeswortlaut Gewalt an und überfordere den Richter. Außerdem könne mit Moral nur innere Gesinnung bewertet werden, nicht aber der äußere Erfolg eines Handelns²²⁾.

18) Simitis, durchgehend.

19) Simitis, 164 ff.

20) Simitis, 169 unter Hinweis auf Engisch, vgl. auch Schricker, Gesetzesverletzung, 208.

21) Kraft, Interessenabwägung, 114 ff.

22) Kraft, Interessenabwägung, 109.

Kraft sieht die Lösung dieser Gegensätzlichkeit darin, daß er Sittenwidrigkeit in § 1 UWG als eine Art unbenannter Rechtswidrigkeit auffaßt²³⁾. Dabei geht er davon aus, daß Rechtswidrigkeit auf Grund einer Interessenabwägung festgestellt wird; auch Sittenwidrigkeit werde anhand einer Abwägung der Bedürfnisse des einzelnen und der Gemeinschaft ermittelt, sittengemäßes Verhalten sei daher Einhaltung der gebotenen Interessenabwägung²⁴⁾. Schließ gehe auch das Reichsgericht mit der Formel vom "Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden" von einer solchen Abwägung aus, denn Billigkeit bedeute interesengerechte Wertung²⁵⁾.

2. Wertung und eigene Auffassung

Gerade diese beiden letzteren Arbeiten haben bedeutende Anstöße im Hinblick auf eine heteronome Erfassung des Begriffs der guten Sitten gegeben. Zu erörtern bleibt aber noch die Frage, welche Normen als Wertungsmaßstäbe heranzuziehen sind.

a) Die Grundrechte

Zunächst kann nicht geleugnet werden, daß Grundlage der Gesamtrechtsordnung, in die auch das UWG von 1909 heute gestellt ist, die Wertordnung der Grundrechte ist²⁶⁾. Zwar ist gerade

23) Kraft, Interessenabwägung, 119 ff.; ähnlich Sack, GRUR 1970, 493 ff., 498.

24) Kraft, Interessenabwägung, 121 ff.

25) Kraft, Interessenabwägung, 122 f.; anders Sack, GRUR 1970, 493, 497, der unter Billigkeit eine individualisierende Gerechtigkeit versteht.

26) Vgl. v.Köhler, NJW 1971, 118; Schricker, Gesetzesverletzung, 226 ff.; dabei soll nicht verkannt werden, daß neben den verfassungsrechtlich vorgegebenen Grundüberzeugungen aus dem "System der Grundrechte" auch eine "herrschende Rechtsmoral" zu entnehmen ist; vgl. dazu Zippelius, Wertungsprobleme, 131 ff. Es handelt sich dabei um Wertungsprinzipien, die ihrerseits wiederum als Teil eines Wertsystems gemeinsamer Grundvorstellungen zu sehen sind; vgl. Maunz-Dürig, Art.20, Anm.73; Bachof, Grundgesetz, 40 ff. Die Idee der Gerechtigkeit ist sicher Bestandteil der Grundordnung des sozialen Rechtsstaates, Art.20 Abs.1 GG, vgl. dazu Maunz-Dürig, Art.20, Anm.58 ff., 59.

eine Generalklausel wie § 1 UWG als "wertausfüllungsfähige und wertausfüllungsbedürftige" Norm eine sogenannte Einbruchsstelle der Wertordnung des Grundgesetzes in das Privatrecht, das Einfallstor, durch das Wertungen des Grundgesetzes an den Staat Eingang in die Einzelentscheidung des Privatlebens erhalten²⁷⁾. Lassen sich auch aus den allgemeinen Wertungsrichtlinien des Grundgesetzes für die wirtschaftliche Betätigung des einzelnen keine positiven Lösungen ableiten, so stellen sie wenigstens eine Bestimmung dessen dar, was - gleichsam als Negativkatalog - der Anwendung der Generalklausel Grenzen setzt²⁸⁾. Eine solche Wertorientierung wirtschaftlicher Verhaltensweisen stößt angesichts der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes²⁹⁾ auch auf Bedenken. Jedoch kann eine vorzunehmende Interessenabwägung im Rahmen des § 1 UWG ihre Gewichte aus der Konkordanz von Einzelinteresse und subjektiver Grundrechtsgewährung erhalten; so geschehen in den Entscheidungen der BGH zur Zulässigkeit kostenloser Anzeigenblätter, wo das Gericht aus Art. 5 GG eine besondere Schutzbedürftigkeit der Tagespresse ableitete³⁰⁾.

b) Rechtssätze

Neben den Eckwerten des Grundgesetzes sind aber auch andere Normen der Gesamtrechtsordnung als Wertungsgesichtspunkte heranzuziehen. Dabei geht es nicht nur - wie Schricker³¹⁾

27) Vgl. dazu Maunz-Dürig, Art. 1 GG, Anm. 127 ff., 132; Leisner, Grundrechte, 226 ff., 365 ff.; Larenz Allgemeiner Teil, 431; Baumbach-Hefermehl, Allgemeines UWG, Anm. 41; Schricker, Gesetzesverletzung, 226 m.w.N.

28) Ähnlich Leisner, Grundrechte, 365 ff., der Grundrechte nicht als "Erfüllung von Generalklauseln" sieht, sondern als "Begrenzung ihrer Anwendung"; vgl. auch Gärtner, BB 1970, 1361.

29) Vgl. dazu unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten Sack, GRUR 1970, 493, der sich allerdings dezidiert dagegen ausspricht, auch § 1 UWG als wirtschaftspolitisch neutral anzusehen; vgl. neuerdings Sack, WRP 1974, 247.

30) Vgl. BGH v. 27.1.1956, GRUR 1956, 223 - Wochenbericht; BGH v. 18.12.1968, GRUR 1969, 287 - Stuttgarter Wochenblatt.

31) Gesetzesverletzung, 231 ff.

richtig sagt - um die Nutzbarmachung von Erkenntnissen über Sach- und Rechtszusammenhänge und Sinngehalte bei der Konkretisierung der Generalklausel, sondern auch um die Aufnahme "konkreter Normbefehle" in den Bereich des § 1 UWG³²⁾. Vor allem wird sich eine solche Hereinnahme vorgegebener und ausdrücklicher Ver- oder Gebote dort vertreten lassen, wo die konkrete Norm historisch aus der gleichen Wurzel erwächst wie die wettbewerbsrechtliche Generalklausel, wo sie eine gleiche Rechtsfolge gewährt und wo sie vor allem dem Schutz der gleichen Interessen und Werte dient. Denn dann stellt die vorgegebene Norm bereits diejenige Konkretisierung der Generalklausel dar, nach welcher der Richter^{32a)} sucht. Unter diesen Voraussetzungen verfügt die zu berücksichtigende Norm auch über jene Affinität zum Wettbewerbsrecht, von der Schricker³³⁾ spricht und die zur Übernahme für die Konkretisierung der Generalklausel notwendig ist.

Ein solches Hineinwirken außerwettbewerbsrechtlicher Maßstäbe konstatiert Schricker in den Fällen der sogenannten sklavischen Nachahmung sonderrechtlich geschützter oder schützbarer Gegenstände. Den Konflikt zwischen dem Sonderschutz des Patent-, Gebrauchs- und Geschmacksmuster- sowie dem Urheberrecht und dem grundsätzlich umfassend geltenden Wettbewerbsrecht kennzeichnet er mit der kurzen Feststellung, daß dieser Sonderschutz

32) Nach Sack, GRUR 1970, 496 sind, bis auf reine Zweckmäßigkeitsvorschriften, alle Normen, die auf Interessenausgleich gerichtet sind und damit eine Gerechtigkeitsentscheidung treffen, Normen der für § 1 UWG maßgebenden Sozialmoral. Dann aber bedeutet jeder Normverstoß eine "per se"-Wettbewerbsverletzung.

32a) So hat der BGH in einem Urteil v. 17.12.1976 = NJW 1977, 1242 den in § 12 II UWG niedergelegten Schutz gegen Bestechung dahingehend geprüft, ob das dort zum Ausdruck kommende Unwerturteil auch der Wertung nach § 1 UWG zugrundegelegt werden könnte. Die Frage wurde aus Gründen des Tatbestands verneint.

33) Gesetzesverletzung, 232.

"nicht unterlaufen" werden dürfe und das "wettbewerbsrechtliche Verdikt sich zurückhalten müsse, auch wenn nach ethischen Maßstäben eine verwerfliche Nachahmung" vorliege³⁴⁾.

Deutlich wird die Beeinflussung des Sittenmaßstabes durch andere Rechtsgebiete auch in der Beziehung des Kartellrechts zum UWG³⁵⁾. Die neuere Auffassung in der Literatur vertritt hierzu die Auffassung, daß eine wirtschaftliche Ordnung, die sich für ein grundsätzliches Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen ausgesprochen hat und daher eine Entscheidung für den freien Wettbewerb enthält, auch Einfluß auf die Unwerterfassung im Rahmen des Begriffs der guten Sitten nimmt. Dem kann noch hinzugefügt werden, daß auch die von Schricker und Meyer-Cording³⁶⁾ aus der Natur der Sache hergeleitete Begriffsreihe "soziale Marktwirtschaft - Ausleseprinzip - Leistungsprinzip" im Grunde hierher einzuordnen ist. Denn die bestehende Wirtschaftsordnung, zu deren Konkretisierung und Ausgestaltung der Richter im Rahmen des § 1 UWG berufen ist³⁷⁾, hat ihre Grundlagen in den Normen des Grundgesetzes einerseits und in den Vorschriften wirtschaftsrechtlicher Art andererseits. Aus diesem Grund kann im Anschluß an Sack³⁸⁾ gesagt werden, daß wirtschaftspolitische Gesichtspunkte in die rechtliche Beurteilung einzubeziehen sind. Damit soll den Gerichten nicht die Befugnis zugesprochen werden, Wirtschaftspolitik zu betreiben³⁹⁾, aber die Berücksichtigung des vor-

34) Gesetzesverletzung, 230.

35) Vgl. dazu Ulmer, GRUR 1951, 356; Koenigs, NJW 1961, 1041 ff.; Merkel, NJW 1962, 1545 ff.; Fikentscher, Wettbewerb, 104, 300 ff.; ders., GRUR 1966, 481; Mestmäcker, ACP 168, 235 ff.; zuletzt dazu auch Sack, GRUR 1970, 493 ff.; ders., WRP 1974, 247.

36) Schricker, Gesetzesverletzung, 233 ff.; Meyer-Cording, JZ 1964, 310 f.

37) Vgl. Sack, WRP 1974, 247, 249.

38) GRUR 1970, 499/500; ders., WRP 1974, 250.

39) Dagegen auch Rinck, Festschrift OLG Celle, 153 ff.; Schwartz, GRUR 1969, 337 ff.; vgl. auch Lehmann, Mitarbeiterfestschrift für E.Ulmer, 327.

gegebenen Wirtschaftsmodelles kann ihnen nicht verwehrt werden, wo wirtschaftliche Macht zur Aufhebung des Wettbewerbs überhaupt führen würde⁴⁰⁾.

Neben diesen Wertungsgesichtspunkten und -modellen auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und der wirtschaftlichen Betätigung bieten sich grundsätzlich alle weiteren Normen der Rechtsordnung als vom Gesetzgeber vorgezeichnete Lösungen von Interessenkonflikten an⁴¹⁾. Daß nicht jede dieser Normen un-
besehen als Modell für die Konfliktlösung übernommen werden kann, liegt auf der Hand. Aber bei Gleichheit der Interessens-
lage und der "Schutzrichtung" rechtlicher Regelungen außer-
halb des UWG bedarf es besonderer Gründe, um an der vorge-
zeichneten Lösung vorbeigehen zu können. Bei der Konkreti-
sierung von Generalklauseln hat sich der Richter "nach Ord-
nungsgesichtspunkten umzusehen", "die dem System der gesamten
Rechtsordnung" zu entnehmen sind, wobei "Grundsätze der gel-

40) Vgl. BGH v.22.2.1956, GRUR 1957, 365 - Suwa; BGH v.26.2.1965, GRUR 1965, 489 - Kleenex; BGH v.22.1.1969, GRUR 1969, 295 - Goldener Oktober; BGH v.3.4.1970, GRUR 1970, 422 - Tauchkühler. Schrick, Gesetzesverletzung, 233 ff., hebt die Bedeutung der Natur der Sache als Denkform für die Er-
arbeitung des Begriffes der guten Sitten beim Schutz des Wettbewerbs besonders hervor. Entgegen seiner Auffassung kann jedoch damit nichts Neues zur Erfassung des Unwert-
urteils gesagt werden, was sich nicht schon aus den Grund-
ordnungen der sozialen Marktwirtschaft herleiten ließe. Denn Wettbewerb ist ein notwendiger Bestandteil der Marktwirt-
schaft, deren Aufgabe es ist, Hersteller und Abnehmer auf dem Markt zusammenzubringen und damit für einen Ausgleich von Angebot und Nachfrage zu sorgen; vgl. Baumbach-Hefermehl, Allgemeines UWG, Anm.70, 71. Diese "Funktion der Marktregelung" kann der Wettbewerb aber nur erfüllen, wenn die Marktteilnehmer unbeeinflußt, autonom ihre Ent-
scheidungen treffen können, vgl. Baumbach-Hefermehl, All-
gemeines UWG, 70. Damit kann auch auf diese Weise dem Ge-
danken eines unverfälschten Leistungswettbewerbs mit klarem, nicht täuschendem Angebot und unbeeinflußter Nach-
frage Rechnung getragen werden, ähnlich Baumbach-Hefermehl, Einleitung UWG, Anm.81. Eines Zurückgreifens auf die ge-
dankliche Stütze des Begriffes "Natur der Sache" bedarf es daher nicht - dies auch schon deswegen, weil sie ein
"philosophisch-spekulatives Moment" enthält und deswegen möglichst wenig zur Anwendung kommen sollte; vgl. Esser, Grundsatz und Norm, 101 ff., 102.

41) Vgl. insbesondere Sack, GRUR 1970, 493, 496; ders., WRP 1974, 247, 251; Kraft, Festschrift Bartholomeyczik, 223 ff., 235.

tenden Wirtschaftsordnung, des ordre public und ähnlicher Art" diese Ordnungsgesichtspunkte widerspiegeln⁴²⁾.

Dieses Zurückgreifen auf übergeordnete Gesichtspunkte des gesamten Rechtssystems ist vor allem für die Auslegung von Normen als Interpretationstechnik verwandt worden. Engisch hat es als Prinzip der "Einheit der Rechtsordnung" bereits 1935 in seiner Antrittsvorlesung behandelt⁴³⁾ und leitet daraus das Gebot her, Widersprüche als Fehler innerhalb einer Rechtsordnung auszuräumen. Die Auslegung habe aus dem Zusammenhang heraus zu erfolgen. Ähnlich sieht Stoll⁴⁴⁾ die Aufgabe der Auslegung darin, den inneren Zusammenhang der Rechtssätze, die Grundprinzipien des Gesetzes zu ermitteln und aus diesen Grundsätzen heraus das Gesetz zu ergänzen und fortzubilden. Da aber Auslegung und Konkretisierung von wertausfüllungsbedürftigen Maßstäben sich im Instrumentarium des Juristen gar nicht und im Ergebnis nur insoweit unterscheiden, als der Richter je mehr werten muß, je weniger das Gesetz konkrete Wertung vorgibt⁴⁵⁾, kann auch Geltung für die Konkretisierung von Generalklauseln beanspruchen, was für die Auslegung von Normen gesetzten Rechts zu gelten hat. Denn Generalklauseln sind Ermächtigungen für den Richter zur Schaffung normersetzender Tatbestandsgruppen, deren Verwirklichung gleich der Verwirklichung von Tatbeständen des gesetzten Rechts zum Eintritt der Rechtsfolge führt⁴⁶⁾. Ein

42) Reinhardt, Richter und Rechtsfindung, 25 ff.; Hilger, Festschrift Larenz, 109, 112/113.

43) Vgl. auch Engisch, Einführung, 64 ff., 156 ff.

44) Festgabe Philipp Heck, 60 ff., 96.

45) Vgl. Engisch, Einführung, 137; Larenz, Methodenlehre, 351; Hilger, Festschrift Larenz, 114; Grunwald, 11 Fußn.1, 12.

46) Hedemann, 55, 58. Zum Hinweis Schrickers, Gesetzesverletzung, 225, der gebotene Rückgriff auf rechtliche Maßstäbe verlasse das Gebiet der grundsätzlich ethischen Bewertung, kann bemerkt werden, daß jede Norm Ausdruck einer sozialetischen Abgrenzung verschiedener Interessen ist; ebenso Sack, GRUR 1970, 493, 496; ders., WRP 1974, 248. Jede Norm hat rechtsethischen Bezug, Ethik ist daher immanenter Teil der rechtlichen Wertungsmaßstäbe.

Bezug auf die rechtlichen Maßstäbe gibt als wichtigstes Ziel die Förderung des Gedankens der Rechtssicherheit zu erkennen. Rechtliche Ordnungsgesichtspunkte beinhalten ein höheres Maß an vorgegebenen Entscheidungshilfen als die rein sittliche Wertung; die zukünftige Entscheidung wird dadurch meßbarer, voraussehbarer, berechenbarer. Damit kann auch dem Postulat der Normenbildung im Rahmen der Generalklausel Rechnung getragen werden.

c) Richterliche Normbildung

Wo das Gesetz den konkreten Hinweis auf die Lösung eines Interessengegensatzes vermissen läßt, wird der zur Entscheidung und Konkretisierung des unbestimmten Wertmaßstabes gezwungene Richter sich auch den Leitlinien vorangegangener Entscheidungen⁴⁷⁾ anschließen. Isay⁴⁸⁾ kommt für das deutsche Wettbewerbsrecht das Verdienst zu, auf die Notwendigkeit dieses Vorgehens nachdrücklich hingewiesen zu haben. Er zeigt allerdings auch bereits die Schwierigkeiten auf, die dem Richter in seiner Rolle als Normschaffendem erwachsen. Er habe sich wie ein Gesetzgeber zu verhalten, meint Isay, und die Interessen aller Betroffenen zu erforschen, bevor er seine konkretisierende Norm schaffe⁴⁹⁾. In diesem Sinn plädiert auch Hilger⁵⁰⁾, ebenso wie Teubner⁵¹⁾ für ständigen Kontakt mit der Außenwelt, die dem

47) Vgl. Leenen, durchgehend; Teubner, durchgehend; vgl. auch Schönherr, GRUR Int. 1975, 237; Grunwald, 13.

48) GRUR 1928, 73, 421; ders., Rechtsnorm und Entscheidung, durchgehend.

49) Isay, GRUR 1928, 73 ff.

50) Festschrift Larenz, 114.

51) 50 ff., 60 ff.

Richter nicht die Tatsachenkenntnis, sondern auch das Gerechtigkeitsempfinden seiner Zeit und damit Grundlage und Grenze seiner gesetzvertretenden Normbildungsbefugnis aufzeigen soll⁵²⁾. Ausgehend von der gesetzgebervertretenden Aufgabe des Richters fordert Hilger⁵³⁾, der Richter müsse - dem Gebot der Kontinuität der Rechtsordnung folgend - bei der Beachtung von Präjudizien äußerste Sorgfalt walten lassen; eine Forderung, die der BGH in seiner Rechtsprechung zur wettbewerbswidrigen Annäherung an Warenbezeichnungen nicht immer erfüllt hat^{53a)}. Festzuhalten bleibt aber, daß der Richter seiner Aufgabe als Normsetzungsbefugter nur dann gerecht wird, wenn er die Konkretisierung des wertausfüllungsbedürftigen Maßstabes auf Grund einer wertenden Abwägung aller Interessen der im jeweiligen Einzelfall Beteiligten und unter Beachtung der vorgegebenen rechtlichen oder richterlichen Wertungsgesichtspunkte vornimmt.

II. Funktion der Generalklausel

Als sich der Reichstag 1909 anschickte, das Wettbewerbsrecht zu reformieren, konnte er sich auf eine dreizehnjährige Erfahrung im Umgang mit einem nur aus speziellen Einzeltatbeständen aufgebauten Wettbewerbsgesetz stützen. Diese Erfahrungen waren schlecht, weil "der unlautere Wettbewerb immer neue Wege einschlägt, sich in immer neue Formen und Gestalten kleidet und beständig neue Tricks findet"^{53b)} und damit die "große

52) Insofern fallen die von Teubner differenzierten Funktionen des § 1 UWG als Transformation kollektiver Wertvorstellung und als Delegation der Gesetzgebung zusammen.

53) Festschrift Larenz, 115; vgl. auch Herschel, BB 1973, 2298.

53a) Auf die Gefahren, die sich bei Übernahme von Präjudizien ohne Berücksichtigung der Besonderheiten und typischen Interessenkonstellation des alten wie des neuen Falls ergeben, weist auch Beier, GRUR 1974, 514, 515/516 hin.

53b) Vgl. Giese in der 1. Beratung des Entwurfs eines Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb, abgedr. GRUR 1909, 106 ff., 107.

Anzahl von zivilrechtlichen Einzeltatbeständen ... gewissermaßen noch eine Anweisung an die unlauteren Wettbewerber bildeten, neue Tatbestände ihrerseits zu ersinnen"⁵⁴⁾. Über die Wirksamkeit der Bekämpfung derartiger Machenschaften mit Hilfe einer Generalklausel war man sich einig, hatte jedoch gegen die Einführung einer blankettnorm in das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb erhebliche Bedenken. Dazu trug die bekannte Abneigung des deutschen Richters bei, konkrete Rechtsfälle anhand von Generalklauseln zu entscheiden; der Gegensatz zur französischen Rechtsprechung auf der Grundlage des Art. 1382 C.C. wurde besonders hervorgehoben, obwohl auch das Reichsgericht seit der Geltung des BGB mit Hilfe des § 826 BGB Sachverhalte des unlauteren Wettbewerbs judizierte⁵⁵⁾. Andererseits waren die tatbestandlichen Voraussetzungen des WZG von den betroffenen Wirtschaftskreisen zu eng und vom RG zu vorsichtig angewandt⁵⁶⁾.

In der Reichstatskommission zeigte sich folglich "der Volkswille ... nach einer Generalklausel, einem Allheilmittel zur Bekämpfung jedes unlauteren Wettbewerbs ... mit so elementarer Macht"⁵⁷⁾, daß sich die Reichsregierung zu der von ihr nicht beabsichtigten Schaffung einer Generalklausel zusätzlich zu den speziellen Hauptfällen unlauteren Wettbewerbs genötigt sah. Vorgesehen war dabei ein System, in dem die Einzelbestimmungen "den Begriff des unlauteren Wettbewerbs in weitestem Umfange treffen und die Grundlage der Rechtsprechung bilden, so daß dem Richter auf Grund der Generalklausel nur die Befugnis zustände, bei einer etwaigen Lücke des Gesetzes analog den vorgesehenen Einzelfällen zu entscheiden, ob ein neuer, nicht vorgesehener Fall unter den Begriff des un-

54) Müller-Meiningen, 1. Beratung, a.a.O., GRUR 1909, 128.

55) Roeren, 1. Beratung, a.a.O., GRUR 1909, 110; Dove, ebenda, 124.

56) Vgl. dazu Osterrieth, GRUR 1909, 399, 403/404; Giese, 1. Beratung, a.a.O., GRUR 1909, 108.

57) Osterrieth, GRUR 1909, 399.

unlauteren Wettbewerbs fällt oder nicht"⁵⁸⁾. Danach sind die benannten Sachverhalte beispielhafte Aufzählungen unlauteren Wettbewerbs, § 1 UWG hat gegenüber den übrigen Normen des Wettbewerbsrechts "nur" die Aufgabe, Lücken auszufüllen. Die Generalklausel beherrscht damit zwar das ganze Gesetz, sie hat aber nur ergänzende Funktion gegenüber den Einzelvorschriften⁵⁹⁾. Daß damit die Anwendung der Generalklausel nicht an der Erfüllung der Sondernorm scheitert, ist bereits früh erkannt worden und gilt auch heute noch⁶⁰⁾. Die grundsätzliche Ergänzungsfunktion der Generalklausel macht es jedoch notwendig, den zur Entscheidung gestellten Sachverhalt zunächst unter den Gesichtspunkten der benannten Wettbewerbswidrigkeit zu untersuchen. Erst wenn diese Tatbestände dem Unrechtsgehalt der Tat nicht gerecht werden können, darf auf die Generalklausel zurückgegriffen werden. Erst dann kann der Richter anhand des ihm zur Verfügung gestellten Instrumentariums und nach Abwägung aller ihm zugänglichen Wertungsgesichtspunkte und Interessen feststellen, ob für die Tatbestandsseite der Generalklausel ein Fall unbenannter Rechtswidrigkeit vorliegt, der ihm die Anwendung der Rechtsfolgeseite und damit eine Untersagung erlaubt⁶¹⁾. § 1 UWG gibt jedenfalls dem Richter den Auftrag zur Rechtsfortbildung, wo der Gesetzgeber Interessenkollisionen nicht vorhersehen und deshalb nicht gesetzlich regeln konnte oder wollte⁶²⁾. Vorauszugehen

58) Linz, 1. Beratung, a.a.O., GRUR 1909, 121; vgl. auch Nerreter, Allgemeine Grundlagen, 107, 108, der sogar Rechtsfortbildung als ausdrücklichen Auftrag ansieht.

59) Vgl. dazu Sack, GRUR 1970, 493, 498; Katzenberger, 111; Kraft, 119; Ulmer, EWG-Gutachten, 8, 9; Baumbach-Hefermehl, Einleitung UWG, 116; § 1 UWG, 1.

60) RG v.3.5.1912, RGZ 79, 321, 327, seither ständige Rechtsprechung; BGH v.14.7.1961, GRUR 1962, 45, 48 - Betonzusatzmittel; Koenigs, NJW 1961, 1047; Fikentscher, GRUR Int. 1966, 183, 185.

61) Vgl. Sack, GRUR 1970, 493, 498 m.w.N.; ders. WRP 1974, 247, 251 ff.

62) Vgl. Werner, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, 25; Teubner, 42 ff., 106 ff., 118; Hedemann, 58, 66; Nerreter, Allgemeine Grundlagen, 78.

hat aber auch hier die Prüfung, ob der Gesetzgeber durch ein Unterlassen der Regelung bereits eine bewußte gesetzgeberische Entscheidung vollzogen hat und bejahendenfalls, ob diese "Lücke im Rechtsschutz" angesichts der gewandelten Verhältnisse oder Rechtsanschauungen eine der Rechtsfortbildung zugängliche "planwidrige Lücke" geworden ist⁶³⁾. Die vorgängige Prüfung der positiv-rechtlichen Schutzmöglichkeiten von Warenzeichnungen ist daher sowohl unter dem Gesichtspunkt erforderlich, das "Ob" der Rechtsfortbildung anhand der Generalklausel zu prüfen, wie auch unter dem Aspekt, Wertungsrichtlinien für die richterliche Rechtsetzung zu finden.

III. Zum Verhältnis der Generalklausel zum Zeichenrecht

1. Auffassung von Rechtsprechung und Literatur - Entwicklungsbegünstigung als Aufgabe

Das Verhältnis der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel zum Zeichenrecht war seit jeher ein besonderes. Während die klassischen gewerblichen Schutzrechte von Anfang an als "leges speciales" aufgefaßt wurden, hat sich für das Zeichenrecht diese ursprüngliche Auffassung gewandelt⁶⁴⁾. Die ersten Urteile des RG zu dieser Frage vertraten noch den Standpunkt der Spezialregelung zeichenrechtlicher Sachverhalte durch das WZG schlechthin und wurden deswegen heftig angegriffen⁶⁵⁾. Der umfassende Geltungsanspruch der wettbewerbsrechtlichen

63) Zum Begriff der Planwidrigkeit, ihrer Feststellung und Funktion vgl. Canaris, Lücke, 31 ff., 39; vgl. auch Hilger, Festschrift Larenz, 111.

64) Zur Entwicklung einprägsam: Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, 18 ff.

65) Vgl. oben S.10; von lex specialis spricht heute noch V.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 133.

Generalklausel führte aber bald zur Umkehrung der Wertungsgewichte: das formale Zeichenrecht dürfe nur innerhalb der Grenzen des Rechts höherer Ordnung, insbesondere der Grenzen des unlauteren Wettbewerbs und der guten Sitten ausgeübt werden⁶⁶⁾. Gegen diese Überbetonung des Wettbewerbsrechts wurde aber alsbald kritisch vorgebracht, daß sie die Eigenständigkeit und -wertigkeit des formalen Zeichenrechts mißachte, "das Zeichenrecht sei kein Recht niederer Ordnung"⁶⁷⁾, es dürfe nicht durch die wettbewerbsrechtliche Generalklausel einfach beiseite geschoben werden⁶⁸⁾.

In der Folge einigte man sich auf die Formel, daß das Zeichenrecht nur ein Ausschnitt aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht sei⁶⁹⁾. Diese Auffassung wird auch getragen von der historischen Entwicklung beider Rechtsgebiete, bei der - nicht nur im deutschen Rechtskreis - die Nachahmung fremder Warenzeichnungen eine der ersten und auf jeden Fall die häufigste Erscheinungsform unlauteren Wettbewerbs war⁷⁰⁾. Dementsprechend ist das WZG rechtssystematisch an die Stelle des § 16 Abs.3 Satz 2 UWG zu setzen⁷¹⁾. Von einer solchen Gleichstellung der benannten Tatbestände des UWG und des zeichenrechtlichen

66) RG v.19.7.1925, RGZ 111, 97 - Goldina; RG v.29.10.1926, RGZ 114, 360 - Grammofox.

67) Vgl. insbesondere Landenberger, GRUR 1928, 207.

68) Vgl. hierzu die pronouncierte Kritik Isays, GRUR 1928, 73, 425; ders., Rechtsnorm und Entscheidung, 18 ff.,

69) RG v.30.4.1928, RGZ 120, 325 - Sonnengold; BGH v.11.6.1954, BGHZ 14, 15 - Römer; Finger, MuW 1929, 150; Baumbach-Hefermehl, Allgemeines UWG, Anm.101; ders., Einleitung WZG, 19; v.Gamm, Einführung WZG, Anm.61, herrschende Meinung.

70) Für das deutsche Recht, vgl.oben S.5 ff; für das amerikanische Recht vgl. oben S.38; für das italienische Recht vgl. S.73.

71) Vgl. Bruch, 21; zu den Vorzügen und Nachteilen dieser Einbettung des Zeichenrechts in das allgemeine Wettbewerbsrecht vgl. oben S.96 ff.; ausführlich auch Beier, Festschrift E.Ulmer, GRUR Int.1973, 407, 409; vgl. auch die Kritik Hedemanns, 15 ff.

Schutzes geht auch der Gesetzgeber aus, wenn es im Entwurf heißt, das UWG diene dem "Schutz gegen Mißbräuche, welche, ohne unter die Vorschriften der Zeichenverletzung zu fallen, doch ebenso wie diese geeignet sind, berechnete Interessen der Gewerbetreibenden zu verletzen und das Publikum über die Herkunft, Beschaffenheit oder den Wert der Ware zu täuschen⁷²⁾.

Damit läßt sich das Verhältnis von WZG und § 1 UWG nicht als ein Problem der Gesetzeskonkurrenz in Form der Subsidiarität oder als ein Problem der Anspruchskonkurrenz beschreiben. Beide, die Generalklausel und der Warenzeichenschutz, sind Teile der einheitlichen Wettbewerbsordnung⁷³⁾, in der sie einander ergänzen.

Ulmer ist das Angebot einer ersten Bewertung des Verhältnisses und der gedanklichen Synthese zwischen Formal- und Wettbewerbschutz zu danken; er vollzog in diesem Zusammenhang "die bisher klarste Analyse der einzelnen Funktionen des Zeichenregisters"⁷⁴⁾. Ulmer prägte das Bild von der Entwicklungsbegünstigung, die der Formalschutz dem Zeichen biete und die erst nach Durchsetzung des Zeichens im Verkehr im Prinzip des Schutzes des Besitzstandes aufgehe⁷⁵⁾. Dabei sucht er die Auffassung vom "einheitlichen Recht der Warenbezeichnungen" in der Weise zu begründen, daß er das Register und seine Aufgaben im Hinblick auf die Verwirklichung der Verkehrsdurchsetzung der Kennzeichnung erfaßte⁷⁶⁾. Damit verhalf er der Meinung zum Durchbruch, daß Verkehrsdurchsetzung

72) Zitat bei Burmann, WRP 1967, 72; vgl. auch Adler, 32.

73) Vgl. Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, durchgehend; Kloeppe, 7.

74) So Beier, Festschrift E.Ulmer, GRUR Int.1973, 407, 409.

75) Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, 60 ff., 63, 66 ff., 69.

76) Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, 71 ff.; Die Funktionen des Registers im Dienst am einheitlichen Wettbewerbsrecht.

und Registereintragung für das Warenzeichen gleichwertig in der Wirkung als Rechtsbegründung seien⁷⁷⁾.

Was die Werterfassung des Registers angeht, so haben die Untersuchungen und Ergebnisse Ulmers nach wie vor volle Gültigkeit; ihnen ist nichts besseres hinzuzufügen. Ulmer teilt die Funktionen des Registers ein in Vermutungs- und Rechtsbegründungsfunktionen⁷⁸⁾, verneint eine Registerfunktion der Rechtserhaltung⁷⁹⁾ und würdigt sodann⁸⁰⁾ die Funktionen der Registerpublizität und der Rechtsverstärkung unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit. Er stellt eine Wertordnung dergestalt auf, daß bis zur Erlangung der Verkehrsgeltung der Schutz des Zeichens nach dem Regelwerk des Formalschutzes zu erfolgen habe⁸¹⁾ und erst mit diesem Zeitpunkt das sachliche Recht - als Ausprägung des wettbewerblichen Schutzes des Verkehrs vor Irreführung - die Oberhand gewinne.

2. Eigene Stellungnahme - Die veränderte Bedeutung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel

Als Ulmer diese Worte schrieb, war der zeichenrechtliche Schutz für Aufmachungen noch nicht gesetzlich anerkannt⁸²⁾, seine Ausführungen stellten daher eine Vorwegnahme und rechtspolitische Aufforderung an den Gesetzgeber dar, den Erkenntnissen der Wissenschaft von der Rechtsnatur der Verkehrsgeltung Rechnung zu tragen.

77) Vgl. dazu zusammenfassend: Beier, GRUR 1967, 628, 629/630.

78) S.71.

79) S.73.

80) S.83.

81) S.69.

82) Die Änderung des damaligen § 15 WZG zum § 25 WZG in seiner heutigen Fassung erfolgte mit Gesetz v.5.5.1936, in Kraft getreten am 1.10.1936.

Seither ist aber die Bedeutung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel für das Zeichenrecht eine andere geworden. Es geht nicht mehr darum, mit Hilfe wettbewerbsrechtlicher Grundsätze der Herkunftshinweisfunktion einer Aufmachung Geltung zu verschaffen. Das Registerrecht hat nicht mehr den ehemals so heftig verfochtenen Vorrang vor der Verkehrswirklichkeit des Besitzstandes. Im Gegenteil ist das auf Verkehrsgeltung gestützte Zeichenrecht heute "schlagkräftiger" als das allein auf Eintragung gestützte. Dazu kommt weiterhin die stark wettbewerbslich orientierte Ausfüllung der gesetzlich im Zeichenrecht formierten und bestimmten Rechtsbegriffe. Gerade sie garantieren, daß der Schutz des Zeichenrechts im frühest möglichen Zeitpunkt bereits einsetzt, in dem von einer materiellen Herkunftshinweisfunktion gesprochen werden kann. Zudem ist das Argument, die Allgemeinheit bedürfe des ausgedehnten Schutzes, anfechtbar⁸³⁾. Die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Grundsätze neben dem Zeichenrecht stellt daher nicht mehr die "richterliche Korrektur" rigiden Formalrechts dar, wo dessen Anwendung zu Unzuträglichkeiten führt, sondern ist häufig Aufweichung notwendiger Grenzen und Verwässerung fester Tatbestandsmerkmale, wo gute Anwälte ein Individualinteresse betont in den Vordergrund rücken.

Es scheint an der Zeit, im Gegensatz und fruchtbaren Miteinander von Gesetzesnorm und Richterrecht die Wertbetonung des formalen Rechts hervorzuheben, um dem Ziel der Rechtssicherheit, der Rechtsbestärkung und Entwicklungsbegünstigung des Kennzeichens näherzukommen. War Ulmers Bestreben vorrangig darauf gerichtet, dem materiellen Zeichenrecht

83) Vgl. z.B. Leo, GRUR 1963, 607, 610, der sich kritisch zur Schutzbedürftigkeit der Verbraucher äußert.

zu einer gleichberechtigten Position zu verhelfen, so muß es heute darum gehen, das formale Zeichenrecht nicht von wettbewerbsrechtlichen Wertungen überwuchern zu lassen⁸⁴⁾.

Vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung ist es zunächst erforderlich, die Interessen der Beteiligten herauszuarbeiten, bevor untersucht werden soll, inwieweit das Warenzeichengesetz diesen Interessen gerecht werden kann.

84) So im Grundsatz auch Beier, Festschrift E.Ulmer, GRUR Int.1973, 407, 409; die ungenügende Wertbetonung des formalen Rechts zeitigte auch die in Frankreich 1964 Gesetz gewordene Konzeption der Zeichenrechtsbegründung durch Eintragung.

7. Kapitel: Der Kreis der im Zeichenrecht beachtlichen Interessen

I. Die Interessen des Zeicheninhabers

1. Der zu erfassende Interessenkreis

Die Interessen des Zeicheninhabers, die er mit seinem Zeichenbesitz oder mit der Einführung von besonderen Kennzeichnungen verfolgt, sind abhängig von den tatsächlichen Funktionen des Zeichens¹⁾. Diese tatsächlichen Wirkungen des Zeichens im Wirtschaftsverkehr sind rechtlich nicht zu steuern, sie bilden sich aus den Äußerlichkeiten der Marke und den tatsächlich vom Verkehr zugewiesenen oder anerkannten Aufgaben.

Anders dagegen die Zeichenwirkungen in rechtlicher Hinsicht. Sie unterliegen der wertenden Regelung des Gesetzgebers, der tatsächlichen Wirkungen des Zeichens auch rechtliche Wirkung beilegen, sie fördern oder behindern kann und dadurch seinen Zielvorstellungen Rechnung trägt²⁾. Im übrigen bestehen zur Abgrenzung von tatsächlich-wirtschaftlichen Funktionen und den "rechtlichen", "rechtlich anerkannten" und "rechtlich geschützten" Funktionen eines Zeichens erhebliche Meinungsverschiedenheiten³⁾. Darauf braucht aber hier nicht eingegangen zu werden. Festzuhalten ist nur, daß die Frage nach den Funktionen der Marke und dem Schutzzweck des Markenrechts die Frage nach den markenrechtlich geschützten Interessen ist, die es herauszuarbeiten gilt⁴⁾.

1) Der Begriff der Funktion hat die Bedeutung von Zweck: BGH v. 22.1.1964, GRUR Int. 1964, 202, 204 - Maja, oder von der Aufgabe: vgl. A. Troller, Festschrift Möhring, 305; Siehe, 22; Schluep, 60, 67, 83.

2) Siehe, 22/23; Schluep, 60, 115.

3) Vgl. Sack, GRUR 1972, 402, 403 m.w.N.

4) Vgl. auch Beier, GRUR Int. 1968, 8 ff., 13.

Die faktischen Interessen⁵⁾ der Zeicheninhaber sind zunächst dahingehend zusammenzufassen, daß diese die Marke als wirtschaftliches Gut nutzen und die in ihr liegenden oder mit ihr verbundenen Werte möglichst weitgehend für das eigene Unternehmen sichern wollen⁶⁾. Aus diesem übergeordneten Gesichtspunkt ergibt sich die unterschiedliche Auffassung vom Schutzwert der Kennzeichnung: die eigene Marke soll nicht angreifbar sein, umfassenden Schutz genießen und leicht und effektiv schützbar sein. Zeichenrechtlich gesprochen sollen also möglichst sämtliche Verwendungsformen einer Marke dem Zeicheninhaber allein vorbehalten sein, soll der zeichenrechtliche Schutz der Marke gegen alle auch nur annähernd ähnliche Bezeichnungen auf möglichst vielen Warengebieten - wenn nicht auf allen - gegeben sein. Weiterhin sollte der möglichst effektive, insbesondere ohne hohe Beweisanforderungen erreichbare Schutz möglichst frühzeitig einsetzen, zum Schutz von Investitionen womöglich schon vor der Ingebrauchnahme.

Dieses Bestreben nach einem möglichst extensiven Schutz der eigenen Kennzeichnungen stößt auf das gegenläufige Interesse an einem möglichst restriktiven Schutz fremder, dem eigenen Wettbewerbsstreben hinderlicher Bezeichnungen. Dieses Interesse richtet sich gegen die übermäßige Monopolisierung bestimmter Worte, die zu weit gehende Beeinträchtigung der Wettbewerber und des Wettbewerbs, die Behinderung des Warenverkehrs und die zu weite Ausdehnung des Schutzbereichs⁷⁾. In diesen gegensätzlichen Zielen sind jedoch - für jeden Zeicheninhaber geltende - spezifische Interessen zu erkennen.

5) Wie Schluep, 101 ff. sie nennt.

6) So auch A. Troller, Festschrift Möhring, 307.

7) Vgl. Schluep, 110.

2. Das Identifizierungsinteresse

Das Hauptinteresse des Zeicheninhabers könnte man als Identifizierungsinteresse kennzeichnen:⁸⁾ es ist dies das Bestreben, mit einem bestimmten Zeichen eine einzige, feststehende Herkunftsstätte, ein einziges Unternehmen, einen Zeicheninhaber, verbunden und identifiziert zu sehen. Nur soweit das Zeichen einzigartig in seinem Zuweisungscharakter ist und bleibt, vermag es für den einzelnen Unternehmer wirtschaftlich Nutzen zu entfalten. Denn nur dann ist es Unterscheidungszeichen für Waren und Erzeugnisse, vermag über den Hinweis auf die gleichbleibende und - wenn auch namentlich unbestimmt - feststehende Herkunftsstätte eine Qualitätsvorstellung hinsichtlich der Waren zu binden und zu festigen. Nur dann auch wird das Kennzeichen zur Kurzformel für den Goodwill eines Unternehmens werden können, wird Kunden sammeln und Werbung erleichtern können⁹⁾. Dieser Interessenlage entspricht die tatsächliche Wirkung des Zeichens im Verkehr als einem Unterscheidungszeichen zunächst der Waren¹⁰⁾, das wegen des gesonderten Hinweises auf einen bestimmten Erzeuger oder schlicht aus der Annahme des Verkehrs, daß gleiche Zeichen nur von einer Person benutzt werden, auch Herkunftshinweiswirkung hat. Aus letzterer wiederum ergibt sich die Verknüpfung mit Qualitätsvorstellungen, die an der gekennzeichneten Ware entstehen und über die Kennzeichnung auf den Hersteller zurückwirken, so daß gleich gekennzeichnete Waren als solche von gleicher Qualität betrachtet werden¹¹⁾.

8) Es korrespondiert mit der Identifizierungsfunktion i.S. Vanzettis, vgl. GRUR Ausl. 1965, 128, 130; s. auch Schluep, 68; Sieche, 25; Sack, GRUR 1972, 402, 404; so auch Beier-Krieger, GRUR Int. 1976, 125.

9) In diesem Sinn auch Vanzetti, GRUR Ausl. 1965, 130, 140; A. Troller, Festschrift Möhring, 291, 302 ff., 303, 304; und GRUR Int. 1967, 261, 263; vgl. auch Becher, MA 1951, 88, 89; Riehle, 118; Sack, GRUR 1972, 445, 449/450; Heydt, GRUR Int. 1976, 339, 341 stellt neuerdings die werbende Wirkung der Marke in den Vordergrund.

10) Heydt, Festschrift Hefermehl, 59, 67; GRUR Int. 1976, 339, 342.

11) Zum Ganzen vgl. Vanzetti, GRUR Ausl. 1965, 128, 130; Schluep, 68, 71 ff.; Sack, GRUR 1972, 402, 445 m.w.N.

Mit der Einzigartigkeit eines Kennzeichens ist auch die Werbewirkung einer Marke verknüpft, soweit sie aus der Eigenart eines Zeichens, aus seinem besonderen graphischen oder begrifflichen Gehalt und aus den damit verbundenen Vorstellungen hergeleitet wird¹²⁾. Denn jede Kennzeichnung, die ähnlichen oder gleichen Bild- oder Sinngehalt aufweist, würde eine gleiche unmittelbare Werbewirkung¹³⁾ auslösen und damit die attraktive Wirkung des einzelnen Zeichens zwar insgesamt verstärken, zugleich jedoch den werbenden Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen oder auf bestimmte Waren eines Herstellers abschwächen. Das Zeichen würde dann zur Werbung für eine Warengattung, nicht aber für Erzeugnisse eines Produzenten¹⁴⁾. Auch insoweit hat der Zeicheninhaber daher ein hervorragendes Interesse daran, daß sein Zeichen nur mit ihm und seinem Unternehmen in Verbindung gebracht wird¹⁵⁾.

Dies gilt auch und erst recht soweit für Waren, die mit seinem Kennzeichen versehen sind oder für das Zeichen selbst Werbung betrieben wird. Die hieraus erwachsende Werbekraft¹⁶⁾ i.S. einer aus Qualitätserwartungen und -erfahrungen oder aus sogenanntem Snobappeal erwachsene Zuneigung zum Zeichen hat nur dann Bedeutung für den Werbungstreibenden, wenn der Erfolg seiner Bemühungen ihm selbst zugute kommt¹⁷⁾.

12) Grundlegend Isay, GRUR 1928, 23 ff.; besonders deutlich Sieche, 28; vgl. auch Baumbach-Hefermehl, Einleitung WZG, Anm.14; Kunz, 61; Riehle, 111 f.; Schluep, 81; Goedel, 199, 200, 221; Vanzetti, GRUR Ausl. 1965, 128, 130, 137; Sack, GRUR 1972, 445, 449.

13) Zur Unterscheidung unmittelbarer und mittelbarer Werbewirkung vgl. Sack, GRUR 1972, 445, 449.

14) Vgl. Sack, GRUR 1972, 445, 450.

15) Dieses Interesse liegt den Schutzbestrebungen für berühmte Zeichen zugrunde, vgl. Elsaesser, durchgehend.

16) Vgl. dazu Goedel, 199; Kunz, 61; Schluep, 81; Sieche, 28; Sack, GRUR 1972, 445, 449.

17) Vgl. Elsaesser, 11; Sack, GRUR 1972, 445, 450.

3. Das "Werterhaltungsinteresse"

Neben dem Bestreben, die Verknüpfung von Zeichenerscheinung mit ihrem Inhaber kenntlich zu machen und zu bewahren, geht ein weiteres Interesse der Zeicheninhaber dahin, mit dem Zeichen verbundene wettbewerbliche Werte zu erhalten. Dabei geht es nicht nur darum, die mit dem Zeichen in seiner äußeren Form verbundenen Attraktionswerte¹⁸⁾ zu erhalten, was man als das Streben nach Erhaltung des unverwechselbaren Eindrucks bezeichnen könnte und als Vorstufe des oben benannten Identifizierungsinteresses anzusehen hat. Vielmehr sind hier die Zielrichtungen gemeint, die dahin gehen, dem Zeichen in seiner Verwendung im Verkehr zugewachsene Wert-schätzungen zu erhalten.

Zu diesen im Wettbewerb errungenen Werten gehört einmal die Bekanntheit eines Zeichens als Ergebnis eines häufigen, wie auch unverwechselbaren Auftretens im Verkehr. Diese Bekanntheit kann den wirtschaftlichen Wert eines Zeichens erheblich steigern, was angesichts der für eine Zeicheneinführung und -erhaltung erforderlichen Aufwendungen kaum verwundert¹⁹⁾. Im Grunde unabhängig von der Verkehrsbekanntheit, weithin jedoch von ihr mitgetragen, ist die durch Werbung und Benutzung errungene Zuneigung zum Zeichen selbst²⁰⁾ oder zum Zeichen als dem Träger der in den Waren zum Ausdruck kommenden Qualitätsmaßstäbe der Ware oder des Herstellers, folglich

18) Unmittelbare Werbewirkung i.S.Sacks, vgl. Fußn.13.

19) Loewenheim, 235, spricht von Summen von 7-9 Mill. DM für die Einführung von neuen Zigarettenmarken und 8-stelligen Aufwendungen für die Aufrechterhaltung eines Bekanntheitsgrades. Die Summe für die Abstandnahme von Zeichenrechtsansprüchen kann selbst bei "kleinen Rechten" in die Millionen gehen; so im Fall "Wipp", vgl. Beier, Festschrift E.Ulmer, GRUR Int. 1973, 407, 409.

20) Vgl. Sieche, 28; Schluep, 76, 77; Vanzetti, GRUR Ausl.1965, 128, 137.

als Symbol der Ware selbst²¹⁾. Dieses Bekanntheits- und Wertschätzungsgefühl in den angesprochenen Verbraucherkreisen ist es, was für den Unternehmer den wirtschaftlichen Wert des Zeichens darstellt und ihm die damit gekennzeichneten Waren verkaufen hilft²²⁾. Um deren Erhaltung geht es dem Zeicheninhaber, sei es, daß er für den Betrieb seines Unternehmens "für das Geschäft von morgen"²³⁾ daraus Nutzen ziehen will, sei es, daß er bei der Veräußerung des Zeichens mit den dazugehörigen Unternehmensteilen einen entsprechenden Preis erzielen will²⁴⁾.

4. Das Rechtssicherheitsinteresse

Das verständliche Bestreben, die materiellen Grundlagen und Ausstattungen des Unternehmens ungeschmälert zu erhalten und nach Möglichkeit zu vermehren, bildet auch den Hintergrund für die Forderung an den Staat, die gesetzliche Regelung voraussehbar, berechenbar und verlässlich zu gestalten. Der Gedanke der Rechtssicherheit, vom Verfassungsgeber als Bestandteil des sozialen Rechtsstaats begriffen²⁵⁾, fordert nicht nur den Bestand einer einmal gefällten Entscheidung (Rechtskraftwirkungen), sondern auch die Möglichkeit der verlässlichen Vorausberechenbarkeit der zukünftig zu fällenden Entscheidung²⁶⁾. Der Unternehmer, der mehrere Millionen zur Einführung neuer Zeichen aufwenden muß, will sicher

21) Vgl. Schluep, 77; A.Troller, Festschrift Möhring, 291, 304; Hubmann, 39.

22) Kunz, 74 ff.; Riehle, 118; A.Troller, Festschrift Möhring, 291, 305; Vanzetti, GRUR Ausl. 1965, 128, 137.

23) Vgl. Kunz, 76; Sack, GRUR 1972, 445, 449.

24) Vgl. Loewenheim, 235 m. Hinweisen auf den Handel mit Warenzeichen.

25) Vgl. BVerfGE 11, 234, 238; 19, 253, 267, unter Hinweis auf Art. 20 III, 103 II GG; kritisch zum Argument der Rechtssicherheit als tragende Begründung Wiedemann, Festschrift Larenz, 199 ff.

26) Das bedeutet nicht die Notwendigkeit eines völlig kongruenten künftigen Urteils, vgl. Isay, Rechtsnorm, 173, 174.

sein, daß er das Zeichen auch verwenden und nicht von einem unbekannt gebliebenen prioritätsälteren Mitbewerber am Gebrauch gehindert werden kann. Die Härten einer solchen Fallkonstellation zeigten sich besonders deutlich im "Wipp-Fall"²⁷⁾. Dort wurde der Beklagten, einer Waschmittelherstellerin, die Benutzung ihres unter hohem Werbeaufwand und vielen Kosten eingeführten und bekannten Zeichens "Wipp" für Waschmittel auf Grund eines prioritätsälteren, eingetragenen, aber unbenutzten Zeichens untersagt, obwohl beide Zeichen unbehelligt ungefähr 20 Jahre nebeneinander in der Rolle gestanden und das Patentamt im Widerspruchsverfahren anlässlich der Eintragungserneuerung eine Verwechslungsgefahr verneint hatte. Die wirtschaftliche Folge dieser Entscheidung war, daß die Beklagte 3 Mill. DM an die Klägerin zu zahlen hatte, um die Vollstreckung abzuwehren und ihr Waschmittel nicht aus dem Verkehr ziehen zu müssen.

Das Risiko der Neueinführung von Marken schien den Herstellern danach so groß²⁸⁾, daß in der Folge Stimmen laut wurden, die nach einer umfangreichen Vorprüfung des einzutragenden Zeichens ab Eintragung für dieses die Unanfechtbarkeit verlangten²⁹⁾.

Dieses Streben nach Rechtssicherheit ist nicht nur eine nationale Regung, sondern erlangte auch in den 60 iger Jahren international gesehen zunehmend Bedeutung. So haben die gesetzlichen Neuregelungen des Zeichenrechts in Frankreich³⁰⁾ und den Benelux-Staaten die Entstehungstatbestände des materiellen Zeichenrechts eindeutig auf die Registereintragung be-

27) BGH v.10.5.1957, GRUR 1957, 499 m.Anm. Heydt.

28) Vgl. Beier, Festschrift Ulmer, GRUR Int.1973, 407, 409, er spricht von einem "Wipp-Trauma".

29) Vgl. Röttger, GRUR Aus. 1959, 329 ff. und GRUR 1971, 14 ff.; zum Problem rechtsvergleichend Bauer-Pluta, GRUR Int.1971, 40 ff.

30) Dazu s.oben S.57 ff.

schränkt und damit den Tatbestand der Zeichenrechtsentstehung durch Erstbenutzung pro forma abgeschafft. Ob diese radikale Kehrtwendung in der Rechtsanschauung allerdings vor einer - im Falle Frankreichs - 100 Jahre alten wettbewerbsrechtlich orientierten Rechtsprechung Bestand haben wird, muß bezweifelt werden³¹⁾.

Rechtssicherheit verleiht dem Zeicheninhaber die Eintragung des Zeichens. Hier erfährt er nach der amtlichen Vorprüfung, welche absoluten Versagungsgründe einer Registrierung entgegenstehen, hier erfährt er auf Grund des Widerspruchs Dritter schon vor der Ingebrauchnahme von entgegenstehenden Rechten, kann durch Abgrenzungsvereinbarungen eine Kollision vermeiden, spart damit Prozeßkosten und verlorene Werbeaufwendungen. Ist sein Zeichen registriert, so vermag er es im Schutze der Eintragung zu einer wettbewerbsrechtlich relevanten Größe auszubauen³²⁾. Zugleich schützt ihn die Eintragung durch ihre Publizität weitgehend vor Beeinträchtigungen anderer Wettbewerber, die aus ihr Grenzen und Umfang der Rechtsbeanspruchung für den Normalfall absehen können. Weiterhin stellen die gesetzlichen Vorschriften dem eingetragenen Zeicheninhaber einen Schutz zur Verfügung, der ihm einerseits die Beweisführung für sein Recht erleichtert und andererseits anhand der objektiven Rechtsbegriffe eine Vorausberechnung der richterlichen Entscheidung ermöglicht. Wenn auch die zeichenrechtlichen Begriffe wie "Warengleichartigkeit", "Verwechslungsgefahr", "zeichenmäßige Benutzung" unter Einbeziehung wettbewerbsrechtlicher Gesichtspunkte auszulegen sind, so bilden sie doch ein festeres Fundament für den Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch als der Begriff des "Verstoßes gegen die guten Sitten".

31) Zur internationalen Tendenz des Rechtssicherheitsstrebens vgl. Beier in: Festschrift E.Ulmer, GRUR Int.1973, 407 ff. m.w.N. Er lehnt, a.a.O. 417, einen Ausschluß des Wettbewerbsrechts als Verstoß gegen die "Kennzeichnungsgerechtigkeit" ab.

32) Vgl. schon Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, 61, 63.

II. Die Interessen der Wettbewerber

Als Institut der Werbung und des Wettbewerbs dient das Zeichen nicht nur einseitig der Verfolgung der Interessen seines Inhabers, sondern auch als Schranke gegen andere Wettbewerber sowie als ein Mittel der Produktdifferenzierung und der Wiederauffindung für die angesprochenen Verbraucherkreise. Daß hierbei die Konkurrenten andere Ziele verfolgen als die Abnehmer der gekennzeichneten Waren, bedarf keiner besonderen Darlegung.

1. Das Interesse am Zugang zum Zeichenmarkt

Den Wettbewerbern geht es in erster Linie darum, das angebliche Kennzeichnungs-Monopol des bereits eingetragenen und mit seiner Marke im Verkehr bekannten Zeicheninhabers möglichst eng zu begrenzen. Sie erstreben damit zugleich für ihre eigenen Zeichen einen Freiheitsraum, der nicht nur für bereits eingetragene Zeichen gelten soll. Bei dem großen Bedarf an neuen Zeichen für ständig neu auf dem Markt auftauchende und durchzusetzende Produkte und bei den zunehmend an modischen Zeitströmungen der Farbgebung und Linienführung wie auch der Wort- und Lautbildung orientierten Zeichen besteht ein dringendes Bedürfnis und damit Interesse am Zugang zum "Zeichenmarkt". Die sachlichen Gegebenheiten bereiten hierbei erhebliche Schwierigkeiten, wie die häufige Erwähnung der Verstopfung der Zeichenrolle anlässlich der Einführung des Benutzungszwangs zeigt. Teilweise wird der Überfüllungserscheinung eine solche Bedeutung beigemessen, daß in ihr schon für einige Warenklassen eine Eintragungssperre gesehen wird³³⁾. Diese Sperrwirkung der im Register stehen-

33) Dazu und zur Interessenlage allgemein vgl. Miosga, Benutzungszwang, 12/13.

den Zeichen wird noch dadurch verstärkt, daß Zeichenrechte nach der Rechtsprechung den weitesten Schutzzumfang zugebilligt erhalten³⁴⁾.

Zum Maßstab der Verwechslungsgefahr wird der unkritische Verbraucher gemacht³⁵⁾; bereits die Gefahr der Annahme eines betrieblichen oder organisatorischen Zusammenhangs zweier Unternehmen genügt, um die Unterlassungs- und Schadensersatzsanktionen des Warenzeichengesetzes auszulösen. Eine ähnliche, vom Wettbewerbsrecht ausgehende Breite des Schutzbedürfnisses wird für die Erfassung der Begriffe "zeichenmäßige Verwendung" und "Warengleichartigkeit" angenommen, wenn auch neuerlich einschränkende, mehr formalistische Auffassungen Raum gewinnen³⁶⁾. So angenehm dieser weite Schutzbereich empfunden wird, solange es um die eigenen Belange geht, so empfindlich stört er den "newcomer", der sich anschickt, ein Produkt unter einer neuen Marke einzuführen. Gleiches zeigt sich auch dann, wenn - wie etwa im Wipp-Fall - durch erheblichen Aufwand der Markteinfluß eines bisher unbedeutenden, aber alt-eingetragenen Zeichens in den weiten Kollisionsbereich eines bisher ungestört ko-existierenden Zeichens ausgedehnt wird. Könnte der Prioritätsjüngere oder der ihm Gleichgestellte³⁷⁾ auf objektive Tatbestandsmerkmale der Kollisionsbeurteilung

34) Vgl. die Argumente in BGH v.8.10.1971, GRUR 1972, 430 - Wandsteckdose II; so auch Becchio, 62 ff.

35) Völp, WRP 1973, 63, 67 spricht vom "geradezu unglaublich naiven Verbraucher", auf dessen Schutzbedürfnis abgestellt wird.

36) Dazu vgl. Beier, Festschrift E.Ulmer, GRUR Int.1973, 407 ff.; und die Urteile des BGH v.22.5.1968, GRUR 1969, 40 - Pentavenon; BGH v.17.12.1971, GRUR 1972, 549 - Messinetta; für das Verhältnis zwischen Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht vgl. BGH v.25.10.1967, GRUR 1968, 427 - Feuerfest II; BGH v.30.5.1969, GRUR 1970, 31, 33 - Heinzelmännchen.

37) Bei Ausdehnen in bisher unberührte Marktgebiete ist die Priorität des Marktzutritts maßgeblich, vgl. Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, Anm.80 für Ausstattungen.

Bezug nehmen oder auf eine im Interesse der Rechtssicherheit vorsichtige, wenn nicht gar restriktive Anwendung vertrauen, so wären die Risiken der Zeicheneinführung oder -durchsetzung kalkulierbarer und besser zu beurteilen.

2. Das Rechtssicherheitsinteresse

Auch für die Wettbewerber besteht daher aus diesen Gründen ein unabweisbares Bedürfnis an der Klarstellung und möglichst deutlichen Abgrenzung der jeweilig ausschließlich zugebilligten Einflußsphären. An sich würde das WZG diese objektivierte Beurteilung anhand fester Tatbestandsmerkmale ermöglichen. So ist z.B. für die Beurteilung der Warengleichartigkeit eine Generalisierung und Verobjektivierung des Bewertungsmaßstabes zu erkennen. War er in den Anfängen des Zeichenrechts noch völlig abhängig von der jeweiligen Zeichennähe, so wurde unter Berufung auf das Erfordernis der Rechtssicherheit³⁸⁾ die Beurteilung dahin abstrahiert, daß die Warengleichartigkeit ohne Rücksicht auf die Zeichennähe im Einzelfall unter der generalisierenden Prämisse gleicher oder verwechselbarer Zeichen beurteilt wurde. Neuerdings gehen Rechtsprechung und Literatur bei der Prüfung von der Hypothese aus, daß für die beiderseitigen Waren das gleiche Zeichen mit normaler Kennzeichnungskraft benutzt wird³⁹⁾. Insgesamt ist damit wenigstens für die Beurteilung der Warengleichartigkeit eine feste Ausgangsbasis geschaffen, wie sie für die Beurteilung der warenzeichenmäßigen Benutzung und der Verwechslungsgefahr im Hinblick auf die widerstreitenden Interessen und die Viel-

38) Heydt, MittBl. 1954, 81.

39) Vgl. BGH vo.6.3.1963, GRUR 1963, 572 - Certo; BGH v.10.4.1968, GRUR 1968, 550 - Poropan; Bußmann, GRUR 1968, 498 ff.; Baumbach-Hefermehl, § 5 WZG, Anm.47, 49 statt aller; kritisch Münzinger, GRUR 1964, 186.

zahl der zu berücksichtigenden Beurteilungsgesichtspunkte nicht ohne weiteres möglich ist⁴⁰⁾.

III. Die Interessen der Allgemeinheit

1. Die zu erfassenden Interessenkreise

Was gemeinhin die Interessen der Allgemeinheit genannt wird, läßt sich in zwei Interessenkreise aufteilen: die Interessen der Verbraucher einerseits und die Interessen des Staates i.S. der Gemeinwohlfürsorge⁴¹⁾. Während es sich bei der ersteren Gruppe um vervielfachte, gebündelte Einzelinteressen handelt, denen damit das erhöhte Gewicht eines kollektiven Interesses zukommt, ist das Allgemeininteresse im weiteren Sinne ein umfassender Wertungsgesichtspunkt, ein Wertfaktor, der bei jeder Rechtsanwendung zu berücksichtigen ist⁴²⁾. Diesem Bereich sind Begriffe zuzuordnen wie Gerechtigkeit, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit, aus denen sich eine Vielzahl von Unterzielen ergibt. Solche allgemein zu beachtenden Wertungsfaktoren finden naturgemäß dort besondere Beachtung, wo eine Abwägung divergierender Interessen vorzunehmen ist. Ganz besonders sind sie daher bei der Ausfüllung konkretisierungsbedürftiger Generalklauseln zu beachten, wo sie ein Wertsystem errichten, mit dem die übrigen Interessen abzustimmen sind. Soweit dabei Individualinteressen mit derartigen grundlegenden Wertfaktoren kongruent sind, kann ihnen eine erhöhte Bedeutung nicht versagt

40) Vgl. z.B. zur warenzeichenmäßigen Benutzung die vielfältigen Abwägungsgesichtspunkte in BGH v.30.1.1970, GRUR 1970, 305, 306 - Löscafé; zur Problematik der Beurteilung der Verwechslungsgefahr und ihrer Feststellung im Prozeß vgl. Beier, GRUR 1974, 514 ff.

41) Vgl. Hefermehl, Festschrift Kastner, 185; vgl. schon Ulmer, GRUR 1937, 769 ff., 771; Nastelski, GRUR 1969, 323; Schricker, GRUR Int.1970, 39.

42) Kraft, Interessenabwägung, 14 ff., 29, 30; Schricker, GRUR Int. 1970, 39.

werden. Die von zwei unterschiedlichen Ausgangspunkten her erarbeitete Einheitlichkeit des Ergebnisses spricht dann für eine Wertung zugunsten dieser Zielvorstellung. Daß dies nicht als Ausschließlichkeitsanspruch eines Interesses verstanden werden darf, hat schon Ulmer erkannt⁴³⁾.

2. Die Individualinteressen

Unter diesen Aspekten sind zunächst die Interessen der Verbraucher aufzuzeigen.

- a) Als wichtigstes Interesse der Verbraucher ist zunächst die Bewahrung vor Irrtümern und Täuschungen zu nennen. Wer sich einem Zeichen gegenübersieht, will ihm vertrauen können. Dabei ist dieses Vertrauen mehrfach bezogen: zum einen vertraut der Käufer auf eine inhaltlich sachliche Aussage des Zeichens, die sich auf eine qualitative oder quantitative Eigenschaft der Ware beziehen kann. Zum anderen vertraut der Abnehmer aber auch auf Aussagen des Zeichens, die nicht auf die gekennzeichnete Ware selbst, sondern auf ihren Hersteller hinweisen; sei es, daß dessen guter Ruf angesprochen ist, sei es, daß nur die Anonymität der Warenherkunft in irgendeiner Weise aufgehoben wird, um sie von gleichartigen Waren anderer Hersteller zu unterscheiden.

Welche zentrale Bedeutung dieser Schutz vor Täuschung der Abnehmer hat, zeigt sich in sämtlichen Zeichen- und Wettbewerbsrechtsordnungen. Die Unterdrückung dieser Täuschungsgefahr war schließlich auch erklärtes Ziel der deutschen Zeichengesetzgebung, die nicht zuletzt auch zum Schutz des "kauenden Publikums"⁴⁴⁾ erlassen wurde.

43) GRUR 1937, 769, 772; zur Vielzahl der Abwägungsgesichtspunkte vgl. auch Kraft, Interessenabwägung, 128; Schricker, Gesetzesverletzung, 235 ff., 237; Sack, GRUR 1970, 493, 500, 502.

44) Bl.f.PMZ 1894/95, 36, 37, Begründung zu § 14 WZG v.1894; Kommissionsbericht, ebenda, 50.

b) Kann man dieses Interesse der Käufer an der Richtigkeit der direkten oder indirekten Aussage des Zeichens als ein Interesse an der Wahrheit bezeichnen, so läßt sich dem das korrespondierende Publikumsinteresse an der Klarheit der Zeichenaussage zur Seite stellen. Denn wo es darauf ankommt, den möglichst genauen Bedeutungsinhalt eines Zeichens zu erfassen, weil man ihn in seine Käuferwägungen einbeziehen will, muß zugleich auch die Möglichkeit einer klaren Unterscheidung verschiedenartiger Informationen gegeben sein. Dies trifft für inhaltliche Angaben des Zeichens zu, aber in noch stärkerem Maße für die im Zeichen verkörperten Herkunftshinweise. Denn in einer Zeit hohen und spezialisierten Warenangebots und der Notwendigkeit des Wettbewerbs gleichartiger Erzeugnisse stellen Herkunftsmerkmale oft die einzige Möglichkeit dar, eine als gut empfundene Bedarfsbefriedigung durch die Waren eines bestimmten Herstellers mit Erzeugnissen des gleichen Herstellers zu wiederholen. Wäre keine klare Zuordnung möglich, das Wiederfinden der Ware anhand ihrer warentypischen Merkmale wäre unmöglich⁴⁵⁾. Der Abnehmer, der informiert, aber nicht getäuscht sein will, tritt damit von seiner Sicht aus für die gleichen Zielsetzungen ein, wie sie der Hersteller von seinem Standpunkt aus vertritt: der klar überschaubaren Zuordnung zeichenrechtlicher Berechtigungen an die jeweiligen Inhaber.

3. Das öffentliche Interesse

Insofern korrespondiert diesem kollektiven Interesse der Verbraucher das "öffentliche Interesse" der Rechtssicherheit. Sie gehört als ein grundlegendes Prinzip einer jeden Rechtsordnung⁴⁶⁾

45) Dieser Aufgabe des Wiederfindens für die Abnehmerseite entspricht die Individualisierungs- und Herkunftsfunktion auf der Zeicheninhaber- und Produzentenseite, vgl. A.Troller, FS Möhring, 304 m.w.N.

46) Wiedemann, Festschrift Larenz, 199, 201 unter Hinweis auf Radbruch, Rechtsphilosophie, 168.

zu den Bewertungsmaßstäben, an denen die individuellen Interessen sich messen und ordnen lassen müssen⁴⁷⁾. Zu ihnen gehört neben der Rechtssicherheit und deren Bestandteilen Rechtsklarheit und Vorausberechenbarkeit der Entscheidung⁴⁸⁾ auch die Forderung nach Gerechtigkeit und nach Einhaltung der Grundzüge einer sittlichen Ordnung⁴⁹⁾.

IV. Zusammenfassende Ergebnisse

Es hat sich herausgestellt, daß sich ungeachtet der unterschiedlichen Ausgangslage der verschiedenen Interessenkreise doch eine Anzahl von gemeinsamen Zielen feststellen läßt.

1. So stimmen die Interessen der Zeichenberechtigten mit denen der Verbraucher darin überein, daß das Zeichen in klarer und unverwechselbarer Weise auf einen bestimmten Inhaber oder auf eine feststehende, wenn auch ungenannte, Herkunftsstätte hinweisen sollte. Denn beider Interesse geht dahin, die jeweilige Gegenseite möglichst direkt zu erreichen und "bei der Stange" zu halten, um auf diese Weise eine vertrauensvolle, von gegenseitigem Verständnis getragene Beziehung zu erreichen. Aus solchen oft fast familiären Bindungen entstehen "Stammkunden" und "Hauslieferanten", die deutlichsten Ausprägungen des Unternehmens-Goodwill. Im Sinne eines unverwechselbaren Auftretens am Markt und zur Sicherung der eigenen Kundenbeziehungen geht auch das Bestreben der Wettbewerber dahin, sich von anderen Zeicheninhabern streng zu unterscheiden.

47) Schrickner, Gesetzesverletzung, 237.

48) Wiedemann, Festschrift Larenz, 199, 204 betont die Bedeutung der Rechtssicherheit für das Wirtschaftsleben gerade aus diesen Gründen.

49) Vgl. Schrickner, Gesetzesverletzung, 211 ff., 221, 237; ähnlich Ulmer-Reimer, Nr.60.

2. Diesem formellen Unterscheidungsinteresse steht gegenüber ein praktisches: das Streben nach Inanspruchnahme eines Schutzes für wettbewerbliche Leistungen, für den "Besitzstand". Ihm korrespondiert das Interesse der Abnehmer auf unverfälschte Information. Der Käufer, der bestimmte Farben, Formen oder Worte einem Unternehmen zuschreibt und einem Zeichen daher bestimmte Informationen in dieser Richtung entnimmt, hat Anspruch auf den rechtlichen Schutz dieser Kaufmotivierung. Es ist nachgewiesen, daß es zum Wesen der Marke gehört und ihrem historischen Verständnis entspricht, als Herkunftshinweis zu dienen, Verbindungsglied zu sein zwischen Kunde und Hersteller. In dieser Aufgabe kann der rechtliche Zeichenschutz nur den Bahnen folgen, die die Natur der Sache "Marke" ihm vorgezeichnet hat.

3. Als ein Interesse von weitester Bedeutung zeigt sich der Aspekt der Rechtssicherheit. Sowohl der Zeichenberechtigte wie seine Mitbewerber legen Wert auf feste Tatbestände, auf Vorausberechenbarkeit im Interesse des Investitionsschutzes, auch wenn sie dabei von unterschiedlichen Zielrichtungen ausgehen. Dem tritt das öffentliche Interesse an Rechtssicherheit als ein allgemeiner Wertungsfaktor bei, wobei neben das Postulat der Rechtsstaatlichkeit im gleichen Sinn das Bestreben tritt, das bestehende, sozialmarktwirtschaftliche Wirtschaftssystem zu unterstützen und dem ansonsten freien Entscheidungsspielraum des Unternehmers zum Schutz seiner wirtschaftlichen Vermögenswerte Grenzen zu setzen. Aus dieser wirtschaftlichen Sicht haben aber auch die Verbraucher ein Interesse am Schutz der Unternehmer vor unnützen Investitionen. Denn was der Hersteller bei dem vergeblichen Versuch der Zeichendurchsetzung verliert, wird als Kalkulationsfaktor in die Preise seiner Waren mit eingehen und dort zur Preiserhöhung oder zur Verhinderung einer Preisherabsetzung führen.

Damit zeigen sich die Entwicklungsbegünstigung, der Schutz des Besitzstandes und der Gedanke der Rechtssicherheit als maßgebliche Interessen im Bereich des Schutzes von Warenbezeichnungen.

V. Die Schutzbedürftigkeit des Warenkennzeichens

In die Abwägung der Gesichtspunkte ist auch die Schutzbedürftigkeit hinsichtlich des Kennzeichens einzubeziehen.

1. Das WZG als Schutz zeichenrechtlicher, nicht tatsächlicher Funktionen

Das Warenzeichengesetz dient dem Schutz des Kennzeichens. Doch wird dieser Schutz nicht absolut und für allen Waren- und Verwendungsarten gewährt. Eine solche Schutzkonzeption würde in der Tat zur Monopolisierung einzelner Worte, Formen und Farben führen und die Wettbewerber übermäßig beschränken. Weltweit anerkannt ist daher die Relativität des Kennzeichenrechts, wobei die Grenze des rechtlichen Schutzes hinsichtlich der Waren wie hinsichtlich der Zeichenbenutzung gezogen wird⁵⁰⁾. Der Schutzbereich des Zeichenrechts ergibt sich aus "den markenrechtlich geschützten Interessen"^{51,52)}. Für die

50) Becchio, 6 f., hat neuerlich erst wieder für den Markenbegriff auf die Diametrie von statischer und dynamischer Betrachtungsweise hingewiesen.

51) Vgl. Beier, GRUR Int. 1968, 8, 10, 13; ders., Anm. zu BGH v. 22.1.1964 - Maja, GRUR Int. 1964, 205.

52) In jüngster Zeit ist erneut die Diskussion über die wirtschaftlichen und die vom Warenzeichengesetz geschützten Funktionen in der Marke aufgeflammt, vgl. Beier-Krieger, GRUR Int. 1976, 125 einerseits und Heydt, GRUR 1976, 339 andererseits; hierauf wird unten noch einzugehen sein.

Betrachtung der Schutzbedürftigkeit des Kennzeichens ist jedoch nicht auf den rechtlich geschützten Funktionsbereich, sondern auf die tatsächlichen Funktionen des Zeichens im Verkehr abzustellen⁵³⁾.

2. Die tatsächlichen Funktionen des Zeichens im einzelnen

- a) Das Kennzeichen dient dazu, allgemein Waren zu bezeichnen⁵⁴⁾, um sie damit von gleichen oder gleichartigen Waren anderer Hersteller zu unterscheiden⁵⁵⁾. Die angestrebte Unterscheidung dient dem Hersteller zur Individualisierung seiner Waren im Vergleich mit dem gleichen oder gleichartigen Produkt anderer Hersteller⁵⁶⁾, wie sie andererseits dem Verbraucher dazu dient, derart unterscheidbare Erzeugnisse aus dem Warenangebot herauszufinden, zu identifizieren⁵⁷⁾. Einigkeit be-

53) Die Unterscheidung zwischen tatsächlichen und rechtlich geschützten Funktionen des Zeichens ist wohl erstmals in dieser Deutlichkeit von Vanzetti, GRUR Int. 1965, 128 ff., 185, vorgenommen worden. Ihm folgen Sieche, 21 ff. für Konzernzeichen; Loewenheim, 224 ff. für kartellrechtliche Fragen; Schluep, 67 ff.; anders dagegen A.Troller, Festschrift Möhring, 291 ff. und Kunz, 81 ff, die vom Wesen der Marke auf den rechtlichen Gehalt des Zeichenrechts schließen. Zum Ganzen zuletzt Sack, GRUR 1972, 402 ff., 445 ff.; zum Ganzen vgl. Sack, GRUR 1972, 402 ff., 445 ff.; Beier-Krieger, GRUR Int. 1976, 125.

54) von Heydt, Festschrift Hefermehl, 73, Kennzeichnungsfunktion genannt.

55) Unterscheidungsfunktion, vgl. BGH v.22.1.1964, GRUR Int.1964, 202, 204 - Maja; BGH v.7.7.1971, GRUR 1971, 573, 574 - Nocado; BGH v.2.2.1973, GRUR Int. 1973, 562 - Cincano; aus der Literatur vgl. Vanzetti, GRUR Int.1965, 130; Riehle, 107; Sieche, 25; Schluep, 68; Beier, GRUR Int.1968, 13; Sack, GRUR 1972, 404; Loewenheim, 226.

56) Individualisierungsfunktion, vgl. Schluep, 68; Sieche, 25; Miosga, GRUR 1968, 570; Troller, GRUR Int. 1967, 261,264; Loewenheim, 226.

57) Identifizierungsfunktion, vgl. Vanzetti, GRUR Int.1965, 128, 134; Sieche, 25; Schluep, 68; Loewenheim, 226.

steht auch darüber, daß diese Aufgaben des Zeichens nur erfüllt werden können, wenn es wenigstens unterscheidungskräftig und damit geeignet ist, als Kennzeichen zu wirken⁵⁸⁾. Diese abstrakte Eignung des Zeichens kann natürlich bei Benutzung im Verkehr zur vollen Kennzeichnungskraft erstarken⁵⁹⁾. Die Unterscheidungskraft, die Fähigkeit, Kennzeichen von Waren zu sein, ist Grundvoraussetzung des warenzeichengesetzlichen Schutzes, wie sich aus § 4 Abs.II Nr.1 WZG und dem rechtlich parallelen Streit um die Ausstattungsfähigkeit von Aufmachungen im Rahmen des § 25 WZG ergibt⁶⁰⁾.

Damit ist dem Interesse der Verbraucher wie dem der Erzeuger auf klare Zuordnungsmöglichkeit der Warenkennzeichen im Grundsatz Rechnung getragen. Was Zeichenbenutzer und beteiligte Verkehrskreise aus diesem im Kern angelegten Schutz machen, zeigt sich bei der Benutzung der Kennzeichnung im Verkehr.

- b) Die wichtigste mit dem Zeichen in Verbindung gebrachte Aufgabe ist die des Hinweises auf die Herkunft der Waren aus einem Betrieb⁶¹⁾. Dabei ist allgemein anerkannt, daß die früher häufiger anzutreffende Hinweiswirkung auf einen namentlich genannten Erzeuger oder Betrieb beim heutigen Massenangebot an Waren kaum mehr gegeben ist⁶²⁾. In jüngster Zeit wird zu-

58) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 WZG Anm.17 statt aller; s.auch Sack, GRUR 1972, 404; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 140, spricht hier von Kennzeichnungskraft.

59) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 WZG, Anm.18; Ulmer-Reimer, Nr.210; v.Gamm, § 1 WZG, Anm.2; anders in Festschrift Bundespatentgericht, 140: er spricht dann von kennzeichnungsmäßiger Unterscheidungskraft.

60) Vgl. Pluta, Mitarbeiterfestschrift f.E.Ulmer, 257, 264.

61) Herkunftsfunktion, vgl. BGH v.22.1.1964, GRUR Int.1964, 202, 204 - Maja; BGH v.7.7.1971, GRUR 1971, 573, 574 - Nocado; BGH v.2.2.1973, GRUR Int.1973, 562 - Cinzano; Beier, Anm. zu BGH v.22.1.1964 - Maja, GRUR Int.1964, 205; ders., GRUR Int.1968, 8, 13; Baumbach-Hefermehl, Einl.WZG, Anm.7; v.Gamm, § 1 WZG, Anm.2; Schluep, 69; Sieche, 43 ff.; Loewenheim, 226 ff.; Riehe, 108.

62) Vgl. statt vieler Baumbach-Hefermehl, Einl.WZG, Anm.7; Loewenheim, 227 m.w.N.; Sack, GRUR 1972, 407.

nehmend auch dieser Hinweis des Zeichens auf eine unbestimmte, aber gleichmäßige Herkunft geleugnet. So sieht Heydt⁶³⁾ die heutige Hauptaufgabe des Zeichens in der Unterrichtung über die besonderen Eigenschaften der Ware. Das Zeichen sei eine produktbezogene Sortenmarke, nicht aber mehr Herkunftszeichen. Oppenhoff⁶⁴⁾ billigt dem Kennzeichen⁶⁵⁾ neben der Unterscheidungsfunktion nur noch eine Werbefunktion zu⁶⁶⁾. Dabei scheint aber übersehen zu werden, daß selbst bei reinen Sortenmarken die Verwendung gleicher Sortenzeichen faktisch auf einen gleichen Hersteller hindeutet, weil - und hier kommen zeichenrechtliche wie wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte ins Spiel - der Zeicheninhaber gegen eine unautorisierte Verwendung vorgehen kann und wird. Es geht nicht an, die eingeschränkten tatsächlichen Funktionen des Zeichens zum Maßstab der rechtlichen Bewertung zu machen. Der Gesetzgeber kann, aber muß nicht den Gegebenheiten des Wirtschaftsverkehrs Rechnung tragen⁶⁷⁾. Der Begriff der Herkunft im Zeichenrecht ist seit langem nicht mehr so konkret gefaßt, wie Heydt ihn versteht⁶⁸⁾, und auch wenn vielfach das Zeichen keine Gewähr für gleichbleibende Herkunftsstätte leistet, so versteht der Verkehr doch gleiche Unterscheidungszeichen als Hinweis auf einen wirtschaftlich einheitlichen Hersteller⁶⁹⁾. Daß auch Fehlvorstellungen des Verkehrs zu berücksichtigen sind, ist im Zeichen- und Wettbewerbsrecht keine Neuheit⁷⁰⁾.

63) Festschrift Hefermehl, 59 ff., 68; ders. nunmehr verstärkt in GRUR Int. 1976, 339, 342.

64) Festschrift E.Ulmer, GRUR Int.1973, 433, 435.

65) Wohl im Anschluß an Vanzetti, GRUR Int.1965, 128, 130 und Schlupe, 80, 81; ähnlich Sieche, 24 ff., die die Herkunftsfunktion allerdings als eine aus der Unterscheidungsfunktion abgeleitete Aufgabe ansehen.

66) Ebenso jetzt Heydt, GRUR Int. 1976, 339, 341.

67) Anders A.Troller, Festschrift Möhring, 291 ff., 307, 311, 314.

68) Für eine erweiterte Herkunftsfunktion treten auch Beier-Krieger, GRUR Int.1976, 125, 127 ein.

69) Vgl. Beier, GRUR Int. 1968, 8, 14; Sieche, 22 ff., 34/35.

70) Auch Heydt, GRUR Int.1976, 339, 341 hält die Verbrauchererwartung für maßgebend zur Bestimmung der Funktion der Marke.

Was als Herkunftsfunktion des Zeichens verbürgt wird, ist die Gleichmäßigkeit der Herkunftsstätte, die der Verkehr in der gleichen Kennzeichnung widergespiegelt sieht⁷¹⁾. Auch wenn § 8 Abs.1 Satz 2 WZG und § 11 Abs.1 Ziff.2 WZG, die beide die Verbindung von Geschäftsbetrieb und Warenzeichen sichern sollen, heute nur noch dann geeignet sind, zum Schutz der konkreten Herkunftsfunktion zu dienen, wenn dies den wirtschaftlichen Interessen des Zeicheninhabers entspricht⁷²⁾, auch wenn die Zulassung der Warenzeichenlizenz⁷³⁾ dem Zeicheninhaber die Möglichkeit der wirtschaftlichen Nutzung seines Zeichens gibt, so steht doch auch in diesen Fällen die Aufgabe des Zeichens als Unterscheidungsmittel der Herkunft nach im Vordergrund. Denn der mit Ausschließlichkeit gewährte Schutz der Kennzeichnungswirkung eines Zeichens für bestimmte Waren oder Warenarten zugunsten eines Zeicheninhabers läßt nur den Schluß zu, daß das Gesetz zum Schutzgegenstand die gedankliche Verbindung Zeichen - Ware - Herkunft hat⁷⁴⁾. Es geht beim Warenzeichengesetz nicht um den absoluten Schutz des Zeichens als solchem, sondern um den Schutz des Zeicheninhabers vor wirtschaftlicher Schädigung, begangen durch Täuschung seiner Kunden mittels Mißbrauch der Kennzeichnung⁷⁵⁾. Soweit daher das Kennzeichen in der Anschauung der beteiligten Verkehrskreise auf eine Herkunft

71) BGH v.22.1.1964, GRUR Int.1964, 202 - Maja; BGH v.7.7.1971, GRUR 1971, 573 - Nocado; BGH v.2.2.1973, GRUR Int.1973, 562 - Cincano: Warenzeichenrechtliche Einheit des multinationalen Konzerns; vgl. auch Loewenheim, 227, 237.

72) Wie dies Sack, GRUR 1972, 402, 408, 409 überzeugend nachgewiesen hat.

73) Dazu rechtsvergleichend Beier-Deutsch-Fikentscher, Die Warenzeichen-Lizenz, Festschrift Ulmer, durchgehend.

74) Vgl. A.Troller, Festschrift Möhring, 291 ff., 308; ders., GRUR Int. 1967, 261, 264.

75) Vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Warenbezeichnungen, Bl.f.PMZ 1894/95, 25; Baumbach-Hefermehl, Einleitung WZG, Anm.7.

aus dem Geschäftsbetrieb des Zeichenberechtigten hinweist, hat er das ausschließliche Recht, nicht aber die Pflicht, sich gegen die Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion des Zeichens zu verwahren^{76/79)}.

Damit bietet das Warenzeichengesetz die Möglichkeit, die wirtschaftlichen Interessen der Zeichenberechtigten zu schützen, wie sie in der Zuordnung von Ware und Herkunftsstätte erfaßt sind. Mittelbar damit erfährt auch der Abnehmer in seiner Herkunftsvorstellung Schutz.

- c) Unzweifelhaft hat auch die Kennzeichnung die wirtschaftliche Aufgabe, eine qualitätsbezogene Aussage über die gekennzeichneten Waren zu machen⁸⁰⁾. Indes ergeben sich zwei Probleme: einmal ist dies die Frage nach der inhaltlichen Bestimmung der Qualitätsaussage, d.h. ob eine Eigenschaft im Sinne einer besonderen Güte zugesichert wird⁸¹⁾ oder ob der Zweck des Zeichens weniger in der Qualitätsaussage als vielmehr in der Stützung des Vertrauens auf die Gleichmäßigkeit der einmal erreichten Beschaffenheit liegt. Die letztere Auffassung verdient den Vorzug. Denn das Zeichen als solches beinhaltet nur in den wenigsten Fällen eine Aussage über eine bestimmte Güte der gekennzeichneten Ware. Zwar wird - aus psychologischen

76/79) Vgl. Beier, GRUR Int.1964, 206; ders., GRUR Int.1968, 8 ff., 13; Baumbach-Hefermehl, Einleitung WZG, Anm.9; v.Gamm, § 1 WZG, Anm.2; Reimer-Trüstedt, 19/20; Loewenheim, 237; Sieche, 33; Vanzetti, GRUR Int. 1965, 128, 136; aus der Rechtsprechung: BGH v. 16.12.1952, GRUR 1953, 175 - Kabelkennstreifen; BGH v. 21.1.1964, GRUR Int.1964, 202 - Maja; BGH v.7.7.1971, GRUR 1971, 573, 574 - Nocado; BGH v.2.2.1973, GRUR Int.1973, 562 - Cinzano.

80) Vgl. Reimer-Trüstedt, 19; Riehle, 124; Sack, GRUR 1972, 445.

81) So z.B. Miosga, GRUR 1968, 570, 571; vgl. Loewenheim, 229; Schluep, 71 f.; Sieche, 27; Vanzetti, GRUR Int.1965, 128, 134.

Gründen - gern versucht, einem Kennzeichen Qualitätsaussagen anzugliedern⁸²⁾, jedoch liegt darin höchstens eine werbemäßige Anpreisung, nicht aber die Zusicherung einer bestimmten Güte⁸³⁾.

Die Qualitätsfunktion des Zeichens, auch Garantiefunktion, Gütefunktion, Gewährsfunktion oder Vertrauensfunktion genannt, stützt sich vielmehr auf die Annahme des Verkehrs, daß gleiche Zeichen auf gleichen oder gleichartigen Waren auf eine gleichmäßige Herkunftsstätte hindeuten, die wiederum für gleichmäßige Produktions- und Vertriebsqualität der in Verkehr gesetzten Waren bürgt - ein Vertrauen, das aus wirtschaftlich-absatzpolitischen Gründen vom Hersteller nur aus wichtigem Anlaß enttäuscht wird⁸⁴⁾. Rein tatsächlich ergibt sich daraus der Schluß, daß die Reichweite des schützenswerten Vertrauens in die allgemeine Beschaffenheit der Ware sich deckt mit dem Umfang der Herkunftsvorstellungen der Abnehmer. Denn wo Kennzeichnungen keine gemeinsame Herkunftsvorstellung zu erwecken vermögen, da kann sich auch nicht ein Vertrauen auf gemeinsam eingehaltene Herstellungs- und Vertriebsnormen entwickeln. Aus diesem Grund sprechen Rechtsprechung und herrschende Lehre meist in einem Atemzug von einer Herkunfts- und Garantiefunktion des Warenzeichens

82) Vgl. z.B. "Dr.Best" für Zahnbürsten; "Optimol" für Schmieröl; zum Ganzen vgl. Miosga, GRUR 1968, 570 ff.

83) Vgl. Vanzetti, GRUR Int. 1965, 128, 134; BGHZ 51, 91, 98 - Hühnerpest-Fall. Eine eigentliche Güteverbürgung wird nur mit den sogenannten "Gütezeichen" - "Verbandszeichen" angestrebt, bei denen die Einhaltung der durch das Zeichen zugesicherten besonderen Eigenschaften oder Qualitäten von neutralen Stellen anhand objektiver Richtlinien überwacht wird, vgl. dazu Miosga, GRUR 1968, 570, 574, 575.

84) Vgl. statt aller Baumbach-Hefermehl, Einl.WZG, Anm.13; Schluep, 72; Sack, GRUR 1972, 445 m.w.N.; s.auch Miosga, GRUR 1968, 570.

und leiten die Vertrauensfunktion aus der Herkunftsfunktion ab⁸⁵⁾.

Aus dieser Verbundenheit von wirtschaftlicher Herkunftsfunktion und Vertrauensfunktion erwächst auch das Problem, ob der Vertrauensfunktion neben der Herkunftsfunktion ein eigenständiger zeichenrechtlicher Schutz zuzubilligen ist, oder ob sie vom Herkunftshinweisschutz mit umfaßt, reflexmäßig bedacht oder nur wettbewerbsrechtlich geschützt ist. Eine Reihe von Autoren lehnt den zeichenrechtlichen Schutz der Vertrauensfunktion mit der Begründung ab, das Warenzeichengesetz mache dem Zeicheninhaber in keiner Norm zur Auflage, die einmal erreichte Qualität seiner Waren zu erhalten; ein Vertrauen auf eine durch gleiche Zeichen garantierte bestimmte Qualität von Waren sei damit nicht geschützt⁸⁶⁾. Die Gegenmeinung billigt der Qualitätsfunktion des Zeichens eigenständigen zeichenrechtlichen Schutz zu⁸⁷⁾, wobei vor allem Riehe die Herkunftsfunktion sogar zum bloßen Mittel der Rechtstechnik erklärt, mit dem das eigentliche Ziel eines Schutzes der Qualitätsfunktion verfolgt werde. Die von der weit überwiegenden Anzahl der Stimmen getragene Mittelmeinung dagegen bejaht zwar einen zeichenrechtlichen Schutz der Vertrauensfunktion, leitet ihn aber aus der Herkunftsfunktion ab⁸⁸⁾.

85) Vgl. BGH v.16.12.1952, GRUR 1953, 175, 176 - Kabelkennstreifen; BGH v.22.1.1964, GRUR Int.1964, 202, 204 - Maja; BGH v. 2.2.1973, GRUR Int.1973, 562 - Cinzano; Baumbach-Hefermehl, Einleitung WZG, Anm.13; v.Gamm, § 1 WZG, Anm.4; Schluep, 71; Sack, GRUR 1972, 445, 446; Sieche, 36, 39.

86) So insbesondere Vanzetti, GRUR Int. 1965, 128, 134; auch noch Reimer, 3.Aufl. 1954, 14.

87) So insbesondere Riehe, 123 ff.; Bußmann, GRUR 1952, 313, teilweise auch Sieche, 41, 42; wohl auch Loewenheim, 244.

88) Vgl. Beier, GRUR Int.1968, 8, 14, entgegen Loewenheim, 241, Fußn. 194; Hefermehl, Anm.z.BGH v.22.1.1964 - Maja, GRUR 1964, 375 entgegen Loewenheim, 241, Fußn.199; Baumbach-Hefermehl, Einl. WZG, Anm.13; anders aber in § 15 WZG Anm.54; v.Gamm, § 1 WZG, Anm.4; Reimer-Trüstedt, 20; Schluep, 71; Sieche, 39; P.Ulmer, NJW 1969, 11.

Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Da das Vertrauen auf eine bestimmte Qualität seine Grundlage in der gesetzlich geschützten Vermutung einer bestimmten gleichmäßigen Herkunft findet⁸⁹⁾, fällt sie auch in ihrem Umfang mit deren Schutz zusammen. Die Vertrauensfunktion kann nur so weit zeichenrechtlichen Schutz genießen, wie die Herkunftsfunktion reicht.

Auch die Rechtsprechung erfaßt den Umfang von Herkunftsfunktion und Vertrauensfunktion einheitlich⁹⁰⁾. Eine jüngste Bestätigung der Auffassung vom unselbständigen zeichenrechtlichen Schutz der Vertrauensfunktion brachte die "Cinzano"-Entscheidung vom 2.2.1973⁹¹⁾. Hier hatte die Beklagte spanischen und französischen Wermutwein der Marke "Cinzano" in Deutschland vertrieben. Diese Weine waren in den jeweiligen Ländern von der spanischen bzw. französischen Tochtergesellschaft der italienischen Mutter nach dem jeweiligen Landeschmack hergestellt und mit der spanischen bzw. französischen "Cinzano"-Marke und Ausstattung gekennzeichnet worden, die sich von der deutschen und italienischen Aufmachung nur geringfügig unterschied. Gegen die Verkäufe in Deutschland wandte sich die deutsche Tochter, die in der Bundesrepublik nur "Cinzano"-Weine italienischer Herkunft - geschmacklich von spanischen und französischen verschieden - vertreibt mit der Begründung, durch den unerlaubten Vertrieb werde sowohl die Herkunftsfunktion ihres in Deutschland eingetragenen Zeichens wie auch die Garantiefunktion verletzt, da ein geschmacklicher Unterschied bestehe und folglich die Qualitätserwartung des Verkehrs enttäuscht werde.

89) Ebenso Loewenheim, 242, der allerdings daraus zu Unrecht einen eigenständigen zeichenrechtlichen Schutz der Qualitätsfunktion herleitet; vgl. auch BGH v.2.2.1973, GRUR Int.1973, 562 - Cinzano.

90) Vgl. BGH v.16.12.1952, GRUR 1953, 175 - Kabelkennstreifen; BGH v.22.1.1964, GRUR 1964, 372 = GRUR Int.1964, 202 - Maja.

91) BGHZ 60, 185 = GRUR Int. 1973, 562.

Das Argument der verletzten Herkunftsfunktion wies der BGH auf Grund der Lehre von der Erschöpfung der zeichenrechtlichen Befugnis ab, die auch dann eingreife, wenn eine warenzeichenrechtlich unselbständige Tochtergesellschaft die Ware gekennzeichnet und in Verkehr gesetzt habe. Soweit die Verletzung der sogenannten Garantiefunktion des Zeichens gerügt wurde, verwies der BGH auf die schon vom Reichsgericht⁹²⁾ begründete Rechtsprechung hin, "daß das Warenzeichen keine Garantiefunktion im Rechtssinne (habe), also die gleichbleibende Beschaffenheit der bezeichneten Marke nicht zwingend (verbürge)". Der Zeicheninhaber könne von Dritten erst recht nicht verlangen, für die gleichmäßige Beschaffenheit der unter einem Zeichen in Verkehr gesetzten Waren einzustehen, wenn dies schon nicht der Zeicheninhaber selbst weder wolle noch müsse. Auch die Vorentscheidung des LG Hamburg⁹³⁾ hatte einen selbständigen Schutz der Garantiefunktion unter ausführlicher Auseinandersetzung mit den verschiedenen Auffassungen der Lehre verneint, wobei es vor allem die Gefahr einer Marktaufteilung mittels unterschiedlicher Warenqualität zur Begründung seiner Ansicht heranzog - ein Argument, das schon Beier⁹⁴⁾ ausführlich dargelegt hatte.

Damit erweist sich auch nach Auffassung des BGH die Vertrauensfunktion als eine wirtschaftlich-tatsächliche Folgeerscheinung der Herkunftsfunktion, deren zeichenrechtlicher Schutz im Interesse des Zeicheninhabers erfolgt, soweit die Herkunftsfunktion diesen Schutz genießt. Ein eigenständiger zeichenrechtlicher Schutz der Vertrauensfunktion ist nicht anerkannt⁹⁵⁾.

92) RGZ 161, 29, 37 - Zählerersatzteile.

93) Urteil v.10.3.1971, GRUR Int.1971, 272.

94) GRUR Int.1968, 8, 15.

95) Hier soll vom wettbewerbsrechtlichen Schutz der besonderen Gütevorstellung nach § 3 UWG vorerst abgesehen werden; vgl. dazu Baumbach-Hefermehl, § 3 UWG, Anm.125.

- d) Obwohl bereits im Jahre 1929 Isay in seinem Aufsatz "Die Selbständigkeit des Rechts an der Marke"⁹⁶⁾ auf die überragende Bedeutung der Werbefunktion des Zeichens hingewiesen hat, haben doch erst die werbetechnischen Fortschritte der jüngeren Zeit zu einer verstärkten Beachtung dieser wirtschaftlich bedeutendsten Zeichenaufgabe geführt⁹⁷⁾. Die werbende Kraft eines Zeichens, seine Attraktion für die Verbraucher, seine Überzeugungs- und Suggestivkraft, seine Eignung als Kundensammler und damit als eines der stärksten Mittel der Absatzförderung⁹⁸⁾ kann im wesentlichen aus drei Gründen erwachsen.

Zum einen ist dies die Attraktivität des Zeichens selbst. Sie wiederum kann sich ergeben aus der Gefälligkeit der Buchstabenverbindung, der optisch anziehenden Formung oder Einfärbung - kurz: aus den anziehenden Äußerlichkeiten einer Kennzeichnung. Die Attraktivität kann sich jedoch auch aus dem Ideengehalt des Zeichens, also aus seinen inneren Werten ergeben. Hierzu sind zu rechnen die Vorstellungen, die sich z.B. bei Worten wie "Lord", "Sport", "Racing", "Star", "Extra", "Navy" usw. ergeben oder Farben wie moosgrün, tabakbraun, stahlblau, sonnengelb oder so griffigen Werbebildern wie "Pack den Tiger in den Tank" einstellen. Die mit solchen Erscheinungen psychologisch verbundenen Assoziationen zielgerecht, d.h. verkaufsfördernd einzusetzen, ist ein überragendes Interesse jedes Gewerbetreibenden⁹⁹⁾. Bereits aus dieser, von

96) GRUR 1929, 23, 25; vor ihm bereits Kastl, GRUR 1927, 557, 559.

97) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einleitung WZG, Anm.14; v.Gamm, Einleitung, Anm.81; § 1 WZG, Anm.5; Reimer-Trüstedt, 19; Storkebaum-Kraft, § 1 WZG, Anm.8; Becher, MA 1951, 88; Loewenheim, 231; Sack, GRUR 1972, 445, 449; Schluep, 76; Sieche, 26; neuestens Oppenhoff, Festschrift E.Ulmer, GRUR Int.1973, 433, 435 u.Heydt, GRUR Int.1976, 339, 341, die beide die Werbefunktion der Marke zu ihrer Hauptfunktion erheben.

98) Vgl. Isay, GRUR 1929, 23, 26; Kunz, 74; Sack, GRUR 1972, 449; Schluep, 76; Sieche, 26; A.Troller, Festschrift Möhring, 291 ff., 304; Vanzetti, GRUR Int.1965, 128, 140.

99) Vgl. dazu auch Loewenheim, 232; v.Holzschuher, durchgehend; Meydam, GRUR 1970, 402.

den Waren und ihrer Qualität unabhängigen, eigenwertigen Werbewirkung solcherart gestalteter Kennzeichnungen läßt sich das Interesse aller Hersteller und Händler an einer Mitverwendung erkennen und damit auch der Interessengegensatz zum Zeicheninhaber ermessen.

Ein weiterer Aspekt der Werbekraft eines Zeichens ist seine Attraktivität auf Grund bloßer Bekanntheit, die das Ergebnis eines erheblichen Aufwands an "Mühen und Kosten", nämlich an Werbekampagnen in den verschiedenen Medien ist¹⁰⁰). Dabei gilt als Faustregel der Satz, daß fehlende Attraktivität des Zeichens mit einem erhöhten Werbeetat bezahlt werden muß¹⁰¹). Naturgemäß wird eine intensive Werbung für ein Kennzeichen nicht allein auf bloße Bekanntheit der Marke hinzielen, sondern versuchen, mit dem Zeichen zugleich auch die gekennzeichneten Waren anzupreisen; sie wird also Suggestion und Information mit ins Spiel bringen¹⁰²). Dabei ist nicht erforderlich, daß bereits auf zurückliegende gute Erfahrungen mit der Ware hingewiesen wird. Genügend ist vielmehr, daß dem Verbraucher in ständiger Wiederholung eine bestimmte Qualitätserwartung oder ein bestimmter sozialer Zwang einge-hämmert wird¹⁰³). Auf diese Weise können auch neue Zeichen für neue Waren vor deren Markteintritt bereits werbende Kraft erlangen¹⁰⁴).

100) Vgl. Schluep, 76; Sieche, 28; Becher, MA 1951, 88, 89: eine der Massenpsyche angepaßte Werbung.

101) Becher, MA 1951, 89, 91.

102) Dazu vgl. Seitz, 35; Sack, GRUR 1972, 445, 449; Sieche, 28; Vanzetti, GRUR Int. 1965, 128, 137.

103) Zur "Manipulation des Verbrauchers" vgl. Becher, MA 1951, 88, 89; Schluep, 77.

104) Aus jüngerer Zeit typisch hierfür die Werbung für den "Passat": "Passat - ein neuer Wind aus Wolfsburg" und "Der Passat kommt - Warten Sie", womit einerseits die für den VW-Konzern neue Konzeption im Fahrzeugbau und die Attraktion eines neuen Modells, andererseits die technische Reife eines Großserienprodukts und das Gefühl des Habenmüssens angesprochen wurden.

Als dritte Komponente der tatsächlichen Werbekraft ist schließlich der gute Ruf der mit dem Zeichen verbundenen Waren oder ihres Herstellers zu nennen¹⁰⁵⁾. Es ist hier die Qualität der Ware, die sich den Markt schafft, die auf dem Weg über die Erinnerungswerbung mit dem Kennzeichen¹⁰⁶⁾ für den Absatz von morgen sorgt. Das Zeichen wird in diesen Fällen zum Synonym qualitativ hochwertiger Waren, womit sich die Qualitätsvorstellungen und Werbekraft in einem Zeichen vereinen. In der Tat handelt es sich hier um eine der wirksamsten tatsächlichen Wirkungen einer Marke¹⁰⁷⁾. Nicht zuletzt hierin liegt die wirtschaftliche Ursache für den anlässlich des Benutzungszwangs einsetzenden Markenhandel¹⁰⁸⁾.

Bisher ist von der Rechtsprechung ein zeichenrechtlicher unabhängiger Schutz der Werbefunktion nicht anerkannt worden. Sie spricht vom Zweck des Zeichenrechts nie anders als einem Schutz der Herkunfts- und Vertrauensfunktion¹⁰⁹⁾. Dabei ist offensichtlich, daß gerade die Vertrauensfunktion auf die Bedeutung des Werbehinweises einen erheblichen Einfluß haben kann, zum anderen, daß ohne Unterscheidungs- und Herkunftswirkung auch keine Werbewirkung möglich ist. Trotz allem enthält das WZG keine Vorschrift, nach der die Werbefunktion unmittelbar geschützt werden könnte. Die Verwendung gleicher oder verwechselbarer Zeichen für ungleichartige Waren ist

105) Isay, GRUR 1929, 23, 26, 27; Kunz, 74; Miosga, GRUR 1968, 571; Sack, GRUR 1972, 445, 449; Vanzetti, GRUR Int.1965, 128, 137.

106) BGH v.28.2.1972, GRUR 1972, 558, 559 - Teerspritzmaschinen, m.Anm. v.Falck.

107) Vgl. Sack, GRUR 1972, 445, 450 m.w.N.

108) Vgl. Loewenheim, 234/235; s.auch Oppenhoff, Festschrift E.Ulmer, GRUR Int.1973, 433, 434, wobei es sich aber wohl überwiegend um unbenutzte Zeichen handeln dürfte, denen unter dem Gesichtspunkt der Werbekraft nur ursprünglich Attraktionskraft zukommt; für die Erlangung von qualitätsbezogener Werbefunktion bedarf es einer Benutzung im Verkehr - und sei es nur für die Werbung, vgl. Baumbach-Hefermehl, § 5 WZG, Anm.18 a.E.

109) BGH v.16.12.1952, GRUR 1953, 175, 176 - Kabelkennstreifen; BGH v.22.1.1964, GRUR Int.1964, 202, 204 - Maja; ausführlich LG Hamburg v.10.3.1971, GRUR Int.1971, 272, 273/274; bestärkt v.BGH v.2.2.1973, GRUR Int.1973, 562 - Cinzano.

zeichenrechtlich zulässig¹¹⁰⁾. Wenn man sich allerdings die Abhängigkeit und Verbindung von Unterscheidungs-, Herkunfts- und Vertrauensfunktion mit der Werbewirkung des Zeichens verdeutlicht¹¹¹⁾, so ergibt sich ein mittelbarer zeichenrechtlicher Schutz auch für die Werbefunktion. Denn das Erfordernis der Unterscheidungskraft ermöglicht überhaupt erst das Entstehen einer Blickfangwirkung des sich aus der Masse der Kennzeichen abhebenden Zeichens, während die Herkunftsfunktion der Marke es erlaubt, diese markenspezifische Attraktionskraft zum Nutzen eines Unternehmens oder einer Unternehmensgruppe anzuwenden. Und sofern sich mit dem Zeichen eine Vertrauenswirkung verbindet, trägt sie wiederum dazu bei, dem Zeichen besondere Aufmerksamkeit zukommen zu lassen. Andererseits kann auch reine Publizität zur Bildung einer Werbe- und Vertrauenswirkung führen. Da diese letztere aber ihren Schutz aus der Herkunftsfunktion herleitet, geht auch der zeichenrechtliche Schutz der Werbefunktion nicht über diesen Schutzbereich hinaus. Dieser Grundsatz, daß zeichenrechtlich die Einmaligkeit und Attraktionskraft des Zeichens nur soweit geschützt ist, als die Verwechslungsfahr hinsichtlich der Herkunft zu bejahen ist, läßt aber außer Acht, daß auch außerhalb des Zeichens selbst liegende Umstände zur Werbefunktion beitragen können. Hierzu sind die auf das Zeichen verwandten Werbeaufwendungen ebenso zu rechnen wie der Zeitgeschmack, der plötzlich eine bestimmte Zeichengestaltung bevorzugt, und schließlich auch die Qualität der Waren, die einem Zeichen zur Berühmtheit verhelfen können und damit zu einer Schutzwürdigkeit, die weit über den Umfang des Verwechslungsbereiches hinausgeht.

110) Vgl. Loewenheim, 252; Sack, GRUR 1972, 445, 450.

111) Vgl. schon Isay, GRUR 1929, 23, 25.

Hier haben Rechtsprechung und Lehre anfangs Schwierigkeiten gehabt, das zeichenrechtlich erlaubte Tun, das sich dennoch zum Nachteil des Zeichens selbst auswirkte, zu unterbinden¹¹²⁾. Ein wettbewerbsrechtlicher Schutz jedenfalls kann auf Grund der Sachverhaltskonstellation nicht angerufen werden, da im Regelfall bei ungleichartigen Waren auch ein Wettbewerbsverhältnis zu verneinen ist¹¹³⁾. Der Erwägung, "daß der Inhaber eines solchen Kennzeichens ein berechtigtes Interesse daran hat, daß ihm seine unter großem Aufwand von Zeit und Geld erworbene Alleinstellung¹¹⁴⁾ erhalten bleibt und daß alles vermieden wird, was die Eigenart und den kennzeichnenden Charakter verwässert und damit die auf deren Eigenart beruhende starke Werbewirkung beeinträchtigen könnte" und daß es im Grunde um "den Schutz des erworbenen Besitzstandes gegen Beeinträchtigungen"¹¹⁵⁾ gehe, wird aber auch im Zeichenrecht selbst Rechnung getragen. Dann nämlich, wenn anfängliche Unterscheidungskraft und im Verkehr erworbene Kennzeichnungskraft, also gerade die "auf der Eigenart des Zeichens beruhende starke Werbewirkung", zur Bestimmung des Verwechslungsbereiches herbeigezogen werden. Dagegen ist von der Rechtsprechung bislang der Schutz der berühmten Marke immer als mit großer Vorsicht und nur bei besonders gelagerten Ausnahmefällen zu gewährender Sondertatbestand erachtet worden, der nur bei identischer oder weitgehend gleicher Zeichenmitbenutzung erfüllt ist und für den bei Warengleichartigkeit deswegen kein Rechtsschutzbedürfnis besteht, weil

112) Zum Ganzen und zur Rechtsentwicklung vgl. Elsaesser, durchgehend; Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm.149 ff.; BGH v.11.11.1958, GRUR 1959, 182 - Quick.

113) BGH v.11.11.1958, GRUR 1959, 182, 186 - Quick, und seitdem ständige Rechtsprechung.

114) Hier schwingt das "Kosten und Mühe"-Argument der RG-Rechtsprechung noch mit, vgl. oben S.87 ff.

115) BGH v.11.11.1958, 182, 186 - Quick.

dann der zeichenrechtliche Schutz gegen Irreführung über die Warenherkunft eingreift¹¹⁶⁾.

- e) In der Literatur werden dem Kennzeichen noch weitere tatsächliche Funktionen zugemessen, die sich jedoch auf die vorgenannten Zeichenzwecke zurückführen lassen¹¹⁷⁾. So spricht Busse von einer Schutzfunktion des Zeichens¹¹⁸⁾ und meint damit den Schutz, den das Zeichen dem Inhaber für seine Leistung und seine Stellung im Wettbewerb bietet. Aber darin läßt sich keine grundsätzlich neue Erkenntnis entdecken. Denn die Verbindung von Hersteller, Ware und Zeichen wird bereits vom Begriff der Herkunftsfunktion erfaßt, und daß die Rechtsordnung gegen Verletzungen des Zeichens schützt, stellt keinen Zweck des Zeichens dar¹¹⁹⁾. Auch so weit Busse von einer Wertfunktion spricht und damit das Zeichen als Träger wirtschaftlicher Werte meint, ist damit nichts anderes ausgesagt, was nicht schon mit dem Begriff der Werbefunktion erfaßt wäre¹²⁰⁾. Daß die Funktion des Zeichens als Kundensammler¹²¹⁾ oder zur Förderung des Warenabsatzes zu dienen¹²²⁾ keine eigenständige Aussage darstellt, hat bereits Vanzetti¹²³⁾ überzeugend nachgewiesen. Denn mit diesen Bezeichnungen wird zwar richtigerweise eine äußere Wirkung der Marke beschrieben, die jedoch nicht nach

116) BGH v.11.11.1958, Fußn.115, a.a.O.

117) Loewenheim, 235; Schluep, 79.

118) Kommentar zum WZG, Einführung, Anm.1; vgl. auch Schluep, 74/75.

119) Ähnlich Baumbach-Hefermehl, Einleitung WZG, Anm.16; Loewenheim, 236; Sack, GRUR 1972, 445, 453; Schluep, 74.

120) Vgl. Loewenheim, 236; Schluep, 79.

121) Ghiron, GRUR 1928, 239; A.Troller, Festschrift Möhring, 291 ff., 304.

122) Kunz, 80.

123) GRUR Int.1965, 128, 140/141.

den Hintergründen dieser Wirkung fragt und damit für eine Vielfalt von eigentlichen Funktionen angeführt werden kann¹²⁴⁾. Auch die Nennung einer sogenannten Monopolfunktion des Zeichens¹²⁵⁾ führt zu keinen wesentlich neuen Erkenntnissen. Soweit damit die ausschließliche Nutzungszuordnung des Zeichens für seinen Inhaber gemeint ist, stellt dies keine Funktion des Zeichens dar, sondern eine Folge der zeichenrechtlichen Ordnung. Soweit die faktische Wirkung gemeint ist, mit der ein verkehrsbekanntes Zeichen Kunden anzieht, stellt dies eine Folge der auf der Herkunftsfunktion beruhenden Qualitäts- und Werbefunktion der Marke dar¹²⁶⁾. Und schließlich bringt auch der Gesichtspunkt der Wettbewerbsfunktion¹²⁷⁾ nichts, was nicht mit den Begriffen Unterscheidungs- und Herkunftsfunktion bereits erfaßt wäre. Denn mit dieser Bezeichnung ist nur ausgedrückt, daß die ausschließliche Nutzungszuordnung der mit einem bestimmten Zeichen verbundenen Unterscheidungs- und Herkunftsvorstellung eine notwendige Voraussetzung des Wettbewerbs gleichartiger Waren und -hersteller ist.

VI. Zum Umfang des zeichenrechtlichen Schutzes

1. Die Begrenzung des WZG auf den Schutz der Herkunftsfunktion - Rechtsprechung und Literatur

Der zeichenrechtliche Schutz der Herkunftsfunktion bestimmt den Schutzrahmen, innerhalb dessen die mit dem Zeichen verbundenen Interessen nach dem WZG berücksichtigt werden können¹²⁸⁾.

124) Ebenso im Ergebnis Loewenheim, 236.

125) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einleitung WZG, Anm.15; Sack, GRUR 1972, 452; Schluep, 78; A.Troller, Festschrift Möhring, 291, 306, 311.

126) Vgl. Loewenheim, 236; Sack, GRUR 1972, 452; Schluep, 78; A.Troller, Festschrift Möhring, 291, 312; ders., GRUR Int. 1967, 261, 264.

127) Baumbach-Hefermehl, Einleitung WZG, Anm.15; Sack, GRUR 1972, 445, 452.

128) Vgl. Siehe, 45 ff.

Er ist in dreifacher Weise begrenzt: "Warengleichartigkeit", "Verwechslungsgefahr" und "warenzeichenmäßige Benutzung" zeichnen den Verlauf desjenigen Bereiches nach, außerhalb dessen das Kennzeichen seine Aufgabe als Hinweis auf die Herkunft einer bestimmten Ware aus einem bestimmten Betrieb nach der gesetzlichen Wertung nicht mehr wahrnehmen kann, sei dies kraft der gesetzlich im Eintragungsverfahren beschränkten Wirkung oder kraft mangelnder Durchsetzung im Wettbewerb.

- a) Der im Gesetz nicht definierte Begriff "Warengleichartigkeit" ist nach allgemeiner Auffassung aus dem Sinn und Zweck des Zeichenschutzes heraus zu erläutern. Da letzterer darin besteht, Irreführungen über die Herkunft einer Ware zu verhindern, sind als gleichartig solche Waren anzusehen, die - wären sie mit demselben Zeichen versehen¹²⁹⁾ - demselben Betrieb zugerechnet würden. Die in ständiger Rechtsprechung gefundene Formel bezeichnet Waren dann als gleichartig, wenn sie nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Verwendungsweise, nach ihrer Beschaffenheit und Herstellung, insbesondere auch hinsichtlich ihrer regelmäßigen Herstellungs- und Verkaufsstätten, so enge Berührungspunkte miteinander haben, daß nach Auffassung der beteiligten Verkehrskreise der Schluß naheliegt, die Waren stammten aus demselben Geschäftsbetrieb¹³⁰⁾. Dabei wird mit der hypothetischen Annahme eines gleichen Zeichens eine Erweiterung des Schutzbereichs erreicht und führt die Berücksichtigung von Vorstellungen der beteiligten Durchschnitts-Abnehmerkreise zu einer Erfassung der objektiv sich ändernden Wirtschafts- und Warenvertriebsverhältnisse, wie auch zur Berücksichtigung subjektiver Fehlvorstellungen über solche Verhältnisse¹³¹⁾. Was bei dieser subjektiv-

129) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 5 WZG, Anm.48 ff.; BGH v. 10.4.1968, GRUR 1968, 550 - Poropan, m.w.N.

130) Vgl. statt aller Baumbach-Hefermehl, § 5 WZG, Anm.48; BGH v.10.4.1968, GRUR 1968,550 - Poropan.

131) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 5 WZG, Anm.47 m.w.N.

objektiven Erfassung an Vorausberechenbarkeit der Entscheidung verloren gehen könnte¹³²⁾, gewinnt die Sachbehandlung an Rechtssicherheit andererseits durch die Berücksichtigung der Erkenntnis, daß zwar die Verwechslungsgefahr hinsichtlich zweier Zeichen abhängt von der Warenähnlichkeit, nicht aber die Warenähnlichkeit relativiert wird durch die Zeichennähe¹³³⁾. Um dem Zeicheninhaber daher nicht von vornherein einen möglichen Schutzzumfang zu nehmen, geht die Berücksichtigung der Verbraucherauffassung über die Gleichartigkeit der Waren von der fingierten Verwendung gleicher Zeichen aus - wohl wissend, daß damit der denkbar weiteste Bereich einer Herkunftszurechnung i.S. der obigen Formel eröffnet wird. Abgesehen von dieser Grundannahme hängt aber die Entscheidung über die Gleichartigkeit der eingetragenen und im Verkehr benutzten Waren mit ihren "Gegenerzeugnissen" von den besonderen Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab¹³⁴⁾.

- b) Auch der Begriff der Verwechslungsgefahr ist - da gesetzlich in § 31 WZG nicht erläutert - vom Schutzzweck des Warenzeichengesetzes her zu bestimmen. Dies führt zu einer Reihe von Grundauffassungen, die über den reinen Wortlaut der Norm hinaus von Bedeutung sind. Da ist zunächst die Gefahr von Verwechslungen im Verkehr nicht allein zu beziehen auf die Gefahr der Verwechslung zweier Kennzeichen miteinander, sondern auch zu erstrecken auf die Irreführung über die Herkunft der Waren¹³⁵⁾. Hinsichtlich dieses "Herkunftshinweises" ist von einer wirtschaftlich bedingten erweiterten Auffassung zu berichten, die von einer anfänglich individuell-konkretisierbaren Herkunftss-

132) Vgl. dazu Münzinger, GRUR 1964, 186 ff.

133) So grundlegend Heydt, MittBl. 1954, 81; Bußmann, GRUR 1968, 498.

134) Vgl. dazu statt aller Baumbach-Hefermehl, § 5 WZG, Anm. 57 m.w.N.

135) Allgemeine Meinung, vgl. Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm. 12, statt aller; vgl. auch Beier, GRUR 1974, 514 ff.

vorstellung¹³⁶⁾ ausgehend sich schließlich zum Verständnis eines allgemein gehaltenen Hinweises auf die Gleichheit i.S. einer Gleichmäßigkeit der Warenherkunft aus einem Betrieb wandelte¹³⁷⁾. Schließlich führte diese wirtschaftliche Betrachtungsweise auch zur Anerkennung einer erweiterten Herkunftsfunktion i.S. eines Hinweises auf eine zeichenrechtlich einheitliche Gruppe von (inländischen) Unternehmen¹³⁸⁾, woraus sich letztlich im Zeichen des internationalen Warenverkehrs und der überstaatlichen Unternehmensverbindungen auch die Anerkennung eines internationalen zeichenrechtlich einheitlichen Konzerns ableiten ließ mit der Folge des Herkunftshinweises auf die Konzernmutter bei Zeichenverwendung durch die wirtschaftlich abhängigen Konzerntöchter¹³⁹⁾. Dieser wirtschaftlichen Betrachtung entspricht neben der Anerkennung einer Verwechslungsgefahr im engeren Sinn, wonach eine Fehlvorstellung über die Herkunft aus ein und demselben Unternehmen erfaßt wird, auch die Anerkennung einer Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn derart, daß Fehlvorstellungen über die geschäftliche, wirtschaftlichen oder organisatorischen Zusammenhänge verschiedener Unternehmen durch ein Zeichen berücksichtigt werden¹⁴⁰⁾. Daß in den wenigsten Fällen die Gefahr einer "echten" Zeichenverwechslung vorliegt, scheint klar. Aus dem Schutzzweck des Zeichenrechts kann aber nicht nur dieser einfache Fall dem zeichenrechtlichen Schutz unterfallen. Denn solange die Herkunftsfunktion - und damit die

136) Vgl. RG v.16.11.1926, RGZ 115, 235, 237 - Bandmaster; so auch noch Miosga, GRUR 1968, 570, 571.

137) Vgl. BGH v.16.12.1952, GRUR 1953, 175, 176 - Kabelkennstreifen; ständige Rechtsprechung; statt aller vgl. Baumbach-Hefermehl, Einleitung WZH, Anm.8.

138) So Beier, GRUR Int.1968, 8 ff., 14; Baumbach-Hefermehl, Einl. WZG, Anm.8; a.A. Sack, GRUR 1972, 402, 412.

139) So BGH v.2.2.1973, GRUR Int.1973, 562, 563, 564 - Cinzano, m.Anm. Beier.

140) So z.B. BGH v.25.1.1957, GRUR 1957, 281, 283 - Karo-As; statt aller vgl. Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm.74 ff.

mit ihr verbundenen, reflexartig geschützten Garantie- und Werbefunktionen - beeinträchtigt ist, d.h. Fehlzurechnungen im weitesten Sinne zum Nachteil des Zeicheninhabers vorkommen, bedarf dieser eines wirksamen Schutzes, den ihm das Gesetz zum Schutz der Herkunftszurechnung in §§ 24, 25, 31 WZG zubilligt. Letztere berechtigen nur den Zeicheninhaber im eigenen Interesse zum Vorgehen gegen den Zeichenverletzer¹⁴¹⁾. Dies kann - je nach individueller Interessenlage - auch dazu führen, daß, wie z.B. bei der Erteilung von Warenzeichenlizenzen, von Abgrenzungsvereinbarungen, von Zeichenveräußerungen, ein Interesse der beteiligten Verkehrskreise an der Wahrheit und Klarheit einer zeichenmäßigen Information zugunsten des individuellen Verwertungsinteresses des Zeicheninhabers solange zurückstehen muß, als nicht über konkrete Herkunfts- und Qualitätsvorstellungen getäuscht wird¹⁴²⁾. Diese personalbezogene Schutztechnik des WZG hat es naturgemäß erleichtert, den Schutzzumfang im Hinblick auf die Interessen des Zeicheninhabers zu definieren. So ist auch der weite Bereich der Verwechslungsgefahr zu begreifen, der schützenswerte Interessen des Zeicheninhabers bereits dann tangiert sieht, wenn auf Grund geringer Ähnlichkeiten zweier Marken "ein unglaublich naiver Verbraucher"¹⁴³⁾ an Beziehungen zwischen den beiden Herkunftsstätten glauben kann. Eigentlicher Grund für diese Ausdehnung ist aber nicht der Schutz des Verkehrs vor Irreführung und Verwirrung¹⁴⁴⁾, sondern vielmehr das individuelle Schutzinteresse des Zeichenberechtigten, das sich als nach außen wirkende und gezielte Kraft als erstes in

141) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einleitung WZG, Anm.6; Sack, GRUR 1972, 402, 408 m.w.N.

142) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einleitung WZG, Anm.10 a.E.; Sack, GRUR 1972, 402, 409, und umfassend: Die Warenzeichen-Lizenz, Festschrift E.Ulmer, durchgehend, besonders v. RAuscher auf Weeg, ebenda, 479, 486, 504/505.

143) So die überspitzte Formulierung von Völz, WRP 1973, 67.

144) Gleicher Ansicht Ulmer, EWB Bd.I, 142, 145; a.A. Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm.13.

der Auffassung des Verkehrs konkretisieren und erfassen läßt. Daß solchermaßen die Ergebnisse interner Interessenabwägung bei Vorrang des subjektiven Interesses des Zeicheninhabers - unter der Bezeichnung "wettbewerblicher Bezug des Zeichenrechts" - auch sonst im Zeichenrecht ihren Platz haben, zeigt die umfängliche Berücksichtigung der Kennzeichnungskraft des Zeichens bei der Abgrenzung des Schutzzumfangs. Die Schutzwürdigkeit einer Marke und damit ihres Inhabers, entstanden aus der Eigenart des Zeichens und seiner Bekanntheit im Verkehr auf Grund Benutzung und Werbung, bestimmt den Umfang des Schutzes gegen Verwechslungsgefahr¹⁴⁵⁾. In diesen Fällen, in denen der Wert einer Kennzeichnung bemessen wird nach der Faustregel: je stärker die Kennzeichnungskraft eines Kennzeichens, desto größer sein Schutzbereich, je schwächer diese Kennzeichnungskraft, desto kleiner der Schutzzumfang, nimmt der Beurteiler wertend Stellung zugunsten des Inhabers der angegriffenen Kennzeichnung. Es geht nicht um den Schutz des Zeichens selbst, sondern als reines Individualschutzrecht um die absolute und ausschließliche Zuordnung einerseits der Hinweiswirkung auf einen bestimmten Herstellerbetrieb und andererseits der Erinnerungsvorstellung zugunsten eines Zeicheninhabers oder Betriebs; folglich um den Schutz der Zeichenwirkungen zugunsten eines Berechtigten¹⁴⁶⁾. Wie weit dieser Schutzbereich eigentlich geht, zeigt sich allein schon daran, daß Baumbach-Hefermehl¹⁴⁷⁾ davon spricht, ein zeichenrechtlicher Schutz gegen Verwechslungsgefahr nach § 31 WZG könnte "nur ausnahmsweise" einmal nicht eingreifen. Selbst

145) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm.14; v.Gamm, § 31 WZG, Anm.24 statt aller; aus der Rechtsprechung vgl. z.B. BGH v.25.1.1957, GRUR 1957, 281, 283 - Karo-As; BGH v.11.11.1958, GRUR 1959, 182, 184 - Quick; ständige Rechtsprechung.

146) Allgem.Ansicht vgl. Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm.14; v.Gamm, § 31 WZG, Anm.24; Schluep, 23, 364 ff.; aus der Rechtsprechung z.B. BGH v.9.7.1965, GRUR 1965, 601, 603 - Roter Punkt.

147) § 31 WZG, Anm.14 a.E.

einer solchen am Individualinteresse ausgerichteten Schutzgewährung sind aber Grenzen gesetzt. So hat der BGH eine zu weite Begriffsbestimmung bei der Serienverwechselbarkeit (mittelbare Verwechslungsgefahr im engeren Sinn) im Fall "Messinetta" ebenso abgelehnt¹⁴⁸⁾, wie für Ausstattungen im Fall "Halazon"¹⁴⁹⁾. War in früheren Urteilen noch die Behinderung der Wettbewerber als Grund für eine Einschränkung angegeben worden¹⁵⁰⁾, so stützte das Gericht jetzt seine Ausführungen auf die Bedeutung der Rechtssicherheit im Zeichenrecht, die eine Ausdehnung über die gesetzten Grenzen hinaus verbiete. Vergleicht man den kritischen Aufsatz Uteschers zu diesem Urteil¹⁵¹⁾ mit seiner Aufzählung der vielgestaltigen Möglichkeiten, in denen er eine mittelbare Verwechslungsgefahr sieht, mit den mahnenden Worten des BGH, so kann dem Gericht eigentlich nur zugestimmt werden. Auch der Schutz der Abnehmerkreise, der entgegen der individuellen Schutzrichtung des WZG als Rechtfertigung für eine weite Ausdehnung des Schutzbereiches bei Krieger¹⁵²⁾ und bei Utescher¹⁵³⁾ genannt, dient nur dem Zweck, einen möglichst weiten Schutzzumfang zu gewähren.

- c) Die Weite des Schutzzumfangs zeigt sich auch daran, daß in den §§ 15 und 16 WZG der Begriff des warenzeichenmäßigen Gebrauchs gemessen wird an den Vorstellungen des Verkehrs¹⁵⁴⁾, wobei

148) BGH v.17.12.1971, GRUR 1972, 549, 550.

149) BGH v.26.6.1968, GRUR 1969, 190, 192.

150) BGH v.22.5.1968, GRUR 1969, 40, 41 - Pentavenon; grundlegend Bußmann, Anm. zu BGH v.5.4.1967, GRUR 1967, 660, 662/63 - Sirax.

151) GRUR 1972, 526, 528/529; kritisch auch gegen die einschränkende Rechtsprechung des BGH zur Serienverwechslungsgefahr Beier, GRUR 1974, 514, 516/517.

152) Anm. z.BGH v.1.10.1969, 85 - Herba, GRUR 1970, 87.

153) Anm. z.BGH v.22.5.1968 - Pentavenon, GRUR 1969, 42; ders., GRUR 1972, 526, 529; ebenso Beier, GRUR 1974, 514, 516/517.

154) Vgl. z.B. Baumbach-Hefermehl, § 16 WZG, Anm.22.

"im Interesse des Zeicheninhabers eine weite Auslegung geboten ist"¹⁵⁵⁾; dies, obwohl gerade § 16 WZG das Freihaltebedürfnis im Zeichenrecht zur Geltung bringen soll und damit zur Einschränkung des Schutzbereichs im Interesse der Mitbewerber und des Verkehrs dient¹⁵⁶⁾. Dennoch hat die Rechtsprechung bis vor kurzem an einer weiten Auslegung des Begriffs festgehalten, wonach eine zeichenmäßige Benutzung bereits dann anzunehmen sei, wenn eine drucktechnische Hervorhebung den unbefangenen Durchschnittsabnehmer an eine Verwendung als Marke glauben ließe¹⁵⁷⁾. Schon die objektiv "nicht völlig fernliegende" Möglichkeit, daß ein Teil der maßgebenden Verkehrskreise in der Art der Verwendung der Merkmale oder Bezeichnungen einen Hinweis auf die Herkunft der damit gekennzeichneten Waren sieht, genüge zur Bejahung des zeichenmäßigen Gebrauchs¹⁵⁸⁾.

Neuerdings vertritt der BGH - unter dem Eindruck der an seiner früheren Rechtsprechung geübten Kritik - eine engere Auffassung zum Begriff des zeichenmäßigen Gebrauchs, ohne dabei die Interessenabwägung zwischen Einzel- und Gesamtinteresse außer acht zu lassen. Im "Mokka-Express"-Urteil¹⁵⁹⁾ wurde die Verwendung dieser Bezeichnung im Zusammenhang mit der Gesamtbe-

155) Baumbach-Hefermehl, § 15 WZG, Anm.10.

156) Vgl. Baumbach-Hefermehl, vor § 15 WZG, Anm.5; § 16 WZG, Anm.1; BGH v.11.6.1954, GRUR 1955, 91 - Mouson; BGH v.26.2.1969, GRUR 1969, 274, 275 - Mokka-Express; BGH v.30.5.1969, GRUR 1970, 31, 32 - Heinkelmannchen; BGH v.30.1.1970, GRUR 1970, 305, 307 - Löschaffé.

157) BGH v.27.9.1963, GRUR 1964, 71 - Personifizierte Kaffeekanne; BGH v.16.3.1964, GRUR 1964, 385 - Kaffeetafelrunde; BGH v.10.1.1968, GRUR 1968, 367 - Corrida.

158) BGH v.16.12.1952, GRUR 1953, 175 - Kabelkennstreifen; BGH v.23.9.1958, GRUR 1959, 130 - Vorrasur/Nachrasur; so auch noch U.Krieger, Anm.z.BGH v.26.2.1969, 276 - Mokka-Express.

159) BGH v.26.2.1969, GRUR 1969, 274.

zeichnung "May's Mokka-Express-Kaffee" als nicht warenzeichenmäßig beurteilt. Darin liege ein Beschaffenheitshinweis, der durch seine Aufnahme in ein Warenzeichen nicht zum betrieblichen Herkunftshinweis werde. Auch die drucktechnische Hervorhebung führe nicht notwendig dazu, vielmehr sei eine Abwägung der konkreten Einzelumstände, besonders der Natur der Bezeichnung und des wettbewerblichen Zusammenhangs vorzunehmen. Eine zeichenmäßige Verwendung entfalle, wenn auch nur ein Teil der Verkehrskreise entsprechend den Gepflogenheiten des jeweiligen Warengiets in der hervorgehobenen Bezeichnung eine auffällige Sortenbeschreibung sehe¹⁶⁰⁾. Im Urteil vom 30.5.1969¹⁶¹⁾ hat der BGH diese Umkehrung zu Lasten des Zeicheninhabers präzisiert, wenn er ausführt:

"Wird ein gebräuchlicher Warename, eine Gattungsbezeichnung oder ein Wort der Umgangssprache für eine Ware benutzt, die den mit dieser Bezeichnung üblicherweise verbundenen Vorstellungen entspricht, so liegt im allgemeinen die Vermutung fern, das Publikum fasse eine solche Bezeichnung als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Unternehmen auf. Vielmehr wird darin in der Regel eine bloße Warenbeschreibung ohne Herkunftshinweis gesehen".

Im "Löscafé"-Fall¹⁶²⁾ erstreckte der BGH diese einschränkende Auffassung auch auf neue Wortbildungen, denen eine Kennzeichnungsfunktion im Sinne eines Herkunftshinweises abgesprochen werden könne, wenn sie sprachüblich zusammengesetzt und als warenbeschreibende Angabe ohne weiteres verständlich seien.

Der Kritik U.Kriegers¹⁶³⁾ an dieser einschränkenden Rechtsprechung kann deswegen nicht zugestimmt werden, weil der BGH nur der gesetzlichen Wertung des § 4 Abs.3 WZG Rechnung getragen hat. Denn mit der Zubilligung zeichenrechtlichen Schutzes

160) So BGH v.4.10.1967, GRUR 1968, 365, 366 - praliné.

161) GRUR 1970, 31, 32 - Heinzelmännchen.

162) BGH v.30.1.1970, GRUR 1970, 305, 306.

163) Anm. z.BGH v.26.2.1969, GRUR 1969, 276, Mokka-Express.

durch ein absolutes Ausschlußrecht wird den übrigen Wettbewerbern und der Allgemeinheit eine bislang übliche Bezeichnung von Beschaffenheit und Eigenschaften entzogen. Deren "Erhaltungsinteresse" scheint daher von höherem Gewicht als das "Erinnerungsinteresse" des Zeicheninhabers. Dementsprechend werten Rechtsprechung und Literatur im Rahmen des § 4 Abs.3 WZG für beschreibende Bezeichnungen¹⁶⁴⁾; eine gleiche Wertung liegt nunmehr der Rechtsprechung zum Begriff der warenzeichenmäßigen Verwendung zugrunde. In gleichem Umfang ist die wettbewerbsrechtliche Erfassung des Sachverhaltes möglich¹⁶⁵⁾, wenn auch unter Berücksichtigung der im WZG gerade für die zeichenmäßige Benutzung niedergelegten Interessenabwägung¹⁶⁶⁾.

VII. Zusammenfassung und Wertung

1. Die Beschränkung des zeichenrechtlichen Schutzes auf den unmittelbaren Schutz der Herkunftsfunktion - Folgerungen für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung

Von den vielfältigen Wirkungen des Zeichens schützt das Zeichenrecht unmittelbar und allein nur die Eigenschaft, als Herkunftshinweis zu dienen, wobei dieser Schutz reflexartig ausstrahlt auf die Vertrauens- und Werbefunktion des Zeichens. Dies liegt darin begründet, daß diese Funktionen sich auf die Herkunftsfunktion der Marke zurückführen lassen und je nach ihrer Ausprägung den Schutz der Herkunftsfunktion mitbestimmen. Im Ergebnis ist es unstreitig, daß es einen aus dem WZG abgeleiteten unmittelbaren Schutz von Vertrauens- und Werbefunktionen nicht gibt. Es ist daher der Schluß erlaubt, daß das Waren-

164) So statt aller Baumbach-Hefermehl, § 4 WZG, Anm.66; Patentamt, MuW 1938, 352 - Industriekitt.

165) BGH v.30.1.1970, GRUR 1970, 305, 306 - Löscafé.

166) BGH v.30.5.1969, GRUR 1970, 31, 33 - Heinzelmannchen.

zeichengesetz - beschränkt auf den unmittelbaren Schutz der Herkunftsfunktion und den nur mittelbaren Schutz der Vertrauens- und Werbefunktion von Warenkennzeichen - einen umfassenden Schutz bietet. Die Entstehungs- und Erhaltungsvoraussetzungen des zeichenrechtlichen Schutzes berücksichtigen sowohl den Gedanken der Rechtssicherheit durch Registerpublizität und Verkehrsanerkennung, die Idee der erleichterten Rechtsdurchsetzung durch die Vermutungswirkung der Registereintragung wie auch die Notwendigkeit einer wettbewerblichen Flexibilität durch Berücksichtigung der Verkehrswirklichkeit.

Im Rahmen dieses gesetzlich wertend vorgeprägten Spielraums wird dem Interesse des Zeicheninhabers wie auch den Interessen der Wettbewerber wie der Verbraucher soweit Rechnung getragen, wie dies unter Wahrung der Ausschlußnatur des Individualzeichnungsrechts möglich erscheint. Gerade im Hinblick auf den Schutz der Verkehrsteilnehmer vor Irreführung haben die zeichengesetzlichen Schutzz Grenzen der Warengleichartigkeit, der Verwechslungsgefahr und der zeichenmäßigen Benutzung eine sehr weitgehende Ausdehnung und Aufweichung erfahren. Die Ursache liegt nicht zuletzt in der vielgestaltigen Berücksichtigung wettbewerblicher Vorgänge. Außer acht gelassen wird dabei, daß das formale Zeichenrecht aus Gründen der Rechtssicherheit und der Publizität in feste Formen gegossenes Wettbewerbsrecht ist. Die Tatsache, daß es - aus dem Geist seiner Entstehungszeit her - als Individualrecht konzipiert wurde, läßt eine Einbeziehung von Drittinteressen nur zu, wenn damit das Schutzgut, nämlich die Funktion als Herkunftshinweis auf den Betrieb des Zeichenberechtigten, umschrieben und bestimmt wird. Die Gefahr der Irreführung der beteiligten Verkehrskreise wird nur dort vermindert, wo zugleich Interessen des Zeicheninhabers tangiert werden. Wer unter Berufung auf § 1 UWG einen umfassenden Schutz des Zeichens gegen Beeinträchtigungen jeglicher Art fordert, darf daher nicht übersehen, daß dem eine gesetzgeberische Wertung entgegensteht,

die nach wie vor Gültigkeit hat und deren Betonung jüngst verstärkt gefordert wird.

2. Betrachtung der ausländischen Rechtslage zum Schutz der Herkunftsfunktion

In den untersuchten ausländischen Rechtsordnungen ist jedenfalls das Primat des geschriebenen Rechts bei der wettbewerbsrechtlichen Behandlung des Kennzeichenrechts von zunehmender Bedeutung. Dies zeigt sich in Frankreich deutlich auf Grund des neuen Markengesetzes von 1964, mit dem die Entstehung eines materiellen, auf Benutzung gestützten Zeichenrechts für das Zeichengesetz als unbeachtlich erklärt wurde. Kann somit die deliktsrechtliche Generalklausel nicht mehr als Rechtsgrundlage für den Schutz der zeichenrechtlichen materiellen Herkunftsfunktion herangezogen werden, so bleibt als zu beurteilende Tatsache nur der außerzeichenrechtliche Sachverhalt, entsprechend den besonderen Umständen i.S. der deutschen Rechtsprechung, die eine an sich erlaubte Benutzung kennzeichnender Merkmale zur unerlaubten machen.

Das italienische Zeichenrecht hat - deutlich unterschieden - den Schutz der in der Marke und mit ihr verkörperten Herkunftsfunktion zum Gegenstand, während die wettbewerbsrechtliche Norm das gesamte Unternehmen gegen Verwechslungen schützt.

Nach englischem Recht erfaßt der zeichenrechtliche und der wettbewerbsrechtliche Schutz die gleichen Sachverhalte, wobei der formelle Registereintrag zum einen die Entwicklungsbegünstigung der werdenden Herkunftsfunktion bezweckt, zum anderen Beweisvorteile bei der Durchsetzung der Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche bringt. Dabei übernimmt das englische Zeichenrecht den Schutz der Herkunftsfunktion von Kennzeichen,

während nach den Grundsätzen des "passing-off" die im Verkehr zuerkannte materielle Herkunftshinweiseigenschaft sämtlicher kennzeichnender Merkmale gegen Verwechslungsgefahr geschützt wird.

Das amerikanische formelle Zeichenrecht stellt eine bloße Beweis-erleichterung bei der Durchsetzung der Ansprüche aus dem materiellen Markenrecht dar; Schutzgegenstand ist die materielle Herkunftsfunktion von Warenkennzeichen. Nach den Rechtsgrundsätzen der "unfair competition" unterliegen alle kennzeichnungskräftigen Merkmale einem Schutz gegen Verwechslungsgefahr.

8. Kapitel: Die ergänzende Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel zum Schutz von Warenkennzeichnungen - Typisierte Wettbewerbswidrigkeit und Leitlinien der Entscheidung

I. Die Grundsätze

1. Die Offenheit des Tatbestands

Die Wettbewerbswidrigkeit einer Zeichenbenutzung außerhalb des Schutzbereiches des WZG abschließend und umfassend fest-schreiben zu wollen, ist unmöglich. Bereits der Gesetzgeber des UWG von 1896 hat die Vergeblichkeit dieser Rechtstechnik gesehen. Sie würde auch den Sinn und Zweck der Generalklausel unzulässig beschneiden.

Dennoch läßt sich dem Gebot der Voraussehbarkeit und Voraus-berechenbarkeit und damit der Rechtssicherheit auch im Bereich der flexiblen Generalklausel entsprechen.

Die Rechtsprechung hat dies weithin durch die Herausarbeitung typisierter Wettbewerbswidrigkeit getan, die gleichsam wie ein fester Tatbestand durchgeprüft wird¹⁾. Wie zur Entschul-digung heißt es dann im Anschluß daran, dies sei nur einer der denkbaren Fälle von Wettbewerbswidrigkeit. Für die Fall-gestaltungen aber, die sich nicht unter vorgeprägte Fallgruppen einordnen lassen, gilt es, Abwägungsgesichtspunkte aufzuzeigen, die im Grenzbereich zwischen Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht von Bedeutung sind.

1) Vgl. z.B. den Typus vermeidbare Herkunftstäuschung; beson-
ders deutlich in diesem Sinn BGH v.4.1.1963, GRUR 1963,
423, 428 - coffeinfrei; BGH v.14.4.1965, GRUR 1966, 30, 33
- Konservenzeichen I; BGH v.9.7.1965, GRUR 1965, 601, 605 -
Roter Punkt.

2. Schutzwürdigkeit und Unlauterkeit als Komponenten der Abwägung - Einbeziehung der gesamten Rechtsordnung

Anerkannt ist, daß der wettbewerbsrechtliche Schutz gewährt werden kann wegen der persönlichen Unlauterkeit des Wettbewerbers wie auch wegen der besonderen Schutzwürdigkeit auf Grund besonderer Eigenart eines Erzeugnisses oder eines wettbewerblichen Zustandes²⁾. Stets aber ist er das Ergebnis einer - wertenden - Interessenabwägung im Rahmen des § 1 UWG³⁾. Dabei ist für die wertende Abwägung zu beachten, daß der Richter bei der Ausfüllung von Blankettnormen gesetzesvertretend handelt und sich daher grundsätzlich größte Zurückhaltung aufzuerlegen hat⁴⁾. Aus diesem Grund - und auch, weil er als Teil der Judikative an Gesetz und Recht gebunden ist - hat er sich in der gesamten Rechtsordnung nach Lösungsmodellen und rechtlichen Aspekten umzusehen, die ihm den zu beschreitenden Weg vorzeichnen. Für den Bereich des Kennzeichenschutzes sind dies vor allem Grundsätze und Normen des Warenzeichenrechts⁵⁾; dies schon deswegen, weil das WZG formalisiertes Wettbewerbsrecht ist und damit dem für wirtschaftliche Phänomene so bedeutenden Prinzip der Rechtssicherheit entspricht⁶⁾.

-
- 2) BGH v.8.10.1971, GRUR 1972, 189, 190 - Wandsteckdose II; ähnlich BGH v.29.6.1973, NJW 1973, 1645, 1646, zur Sittenwidrigkeit im Rahmen des § 138 BGB.
 - 3) BGH v.19.11.1971, GRUR 1972, 364, 366 - Mehrwert-Fahrten.
 - 4) Vgl. Droste, DB 1963, 719; Herschel, DB 1973, 2298; Hilger, Festschrift Larenz, 112; ebenso bereits Hedemann, durchgehend.
 - 5) Zum Grundsatz vgl. Gärtner, BB 1970, 1361; Hilger, Festschrift Larenz, 113; Larenz, Richterliche Rechtsfortbildung, durchgehend; Pehle, Rechtsfortbildung, durchgehend, insbesondere 4; Sack, WRP 1974, 250; Werner, Generalklauseln und Richterrecht, durchgehend; vgl. auch oben S.168.
 - 6) Die besondere Bedeutung des Rechtssicherheitsprinzips für wirtschaftliche Vorgänge betont auch Wiedemann, Festschrift Larenz, 204; ebenso auch BGHSt 24, 54 = WuW/E BGH 1147 - Teerfarben.

II. Fallgruppen

1. Herbeiführung vermeidbarer Herkunftstäuschung

Die älteste Fallgruppe wettbewerbswidrigen Verhaltens, typisierter Wettbewerbswidrigkeit - und dies in allen untersuchten Rechtsordnungen - ⁷⁾ und zugleich auch die bedeutendste, was den Umfang der Rechtsprechung hierzu angeht, ist das Herbeiführen vermeidbarer Herkunftstäuschung.

a) Anwendung des WZG

Sie ist Vorläufer und Grundlage des kennzeichenrechtlichen Formalschutzes und des Ausstattungsschutzes (§§ 24, 25 WZG). V.Gamm spricht insofern zu Recht von der wettbewerbsrechtlichen Parallele zum Kennzeichenschutz⁸⁾. Eine gleiche Auffassung wurde in Frankreich unter dem Markengesetz von 1856 und in Italien vor der Gesetzesreform von 1941 vertreten: in beiden Staaten ist jedoch die Rechtslage durch Gesetzesänderungen modifiziert⁹⁾. Besonders plastisch zeigt sich dies noch in den Vereinigten Staaten, wo das Bestehen wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutzes Voraussetzung der formalen Berechtigung ist¹⁰⁾, und in der geschichtlichen Entwicklung des englischen Zeichenrechts, wo das formale Zeichenrecht in den Grundsätzen des Schutzes gegen "passing-off" seine materiellrechtliche Entsprechung findet¹¹⁾.

7) Frankreich vgl. oben S.57; Italien vgl. oben S.73; England vgl. oben S.22; USA vgl. oben S.41.

8) In Festschrift Bundespatentgericht, 133, 138.

9) Vgl. oben S.62 und S.74.

10) Vgl. oben S.39.

11) Vgl. oben S.32.

Ist aber Herkunftstäuschung und damit Verwechslungsgefahr gegeben, so greift notwendig der formalrechtliche Schutz des § 24 WZG und der Ausstattungsschutz des § 25 WZG ein, ohne daß es der Prüfung der Vermeidbarkeit der Verwechslungsgefahr bedürfte. In deren Rahmen kann der Schutzwürdigkeit des Kennzeichens, wie sie sich aus ursprünglicher Originalität und Benutzungslage ergibt, hinreichend Rechnung getragen werden¹²⁾. Besteht die Möglichkeit zeichenrechtlichen Schutzes, sei es, daß ein Registerrecht besteht, sei es, daß die Voraussetzungen des § 25 WZG erfüllt sind, so hat die gesetzgeberische Wertung des WZG Vorrang vor der richterlichen Entscheidungsfindung. Denn selbst wenn die Entscheidung auf die wettbewerbsrechtliche Generalklausel des § 1 UWG gestützt würde, dürfte der Richter den Schutz der zeichenrechtlichen Herkunftsfunktion nicht an andere Voraussetzungen knüpfen als der Warenzeichen-gesetzgeber. Insbesondere ist es unzulässig, im Rahmen der Gesamtabwägung des wettbewerbsrechtlich wie zeichenrechtlich gleich zu wertende, objektive Merkmal der Verwechslungsgefahr durch subjektive Unlauterkeitselemente zu ersetzen¹³⁾. Folgerichtig hat daher der BGH in seinen neueren Entscheidungen den Grundsatz vertreten, daß ein wettbewerbsrechtlicher Schutz von Warenkennzeichen grundsätzlich erst möglich ist, wenn zeichenrechtlicher Schutz nicht eingreifen kann¹⁴⁾. Dieser Vorrang des WZG für den Schutz der zeichenrechtlichen Her-

12) Vgl. oben S.156 ff.

13) So noch BGH v.4.1.1963, GRUR 1963, 423 - coffeinfrei; BGH v.17.3.1965, GRUR 1966, 38 - Centra; BGH v.14.4.1965, GRUR 1966, 30 - Konservenzeichen I; BGH v.9.7.1965, GRUR 1965, 601 - Roter Punkt; gl. Ansicht wie hier v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 139; Schroeter, WRP 1968, 125;

14) Erstmals ausdrücklich BGH v.4.11.1966, GRUR 1967, 315 - skai cubana, als obiter dictum; BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371 - Maggi; BGH v.12.7.1967, GRUR 1968, 581 - Blunazit; BGH v.26.6.1968, GRUR 1969, 190 - Halazon.

kunftsfunction verbürgt einerseits die für wirtschaftliche Entscheidungen notwendige Vorausberechenbarkeit, stellt andererseits sicher, daß - im Rahmen der wettbewerbsrechtlich orientierten Tatbestandsauslegung des WZG - die wettbewerblich bedeutsamen Interessen Berücksichtigung finden. Weiterhin wird sichergestellt, daß die auf objektiver Grundlage basierende Entwicklungsbegünstigung des Kennzeichens durch das WZG nicht geschmälert wird¹⁵⁾.

Aus diesen Gründen kann eine bloße Annäherung an fremde Kennzeichen durch nichtverwechslungsfähige Bezeichnungen nach § 1 UWG nicht als unlauter gewertet werden^{15a)}.

b) Anwendung des Wettbewerbsrechts bei fehlenden Tatbestandsvoraussetzungen des WZG

Ist die Anwendung der Fallgruppe "vermeidbare Herkunftstäuschung" gegenüber dem warenzeichenrechtlichen Schutzanspruch versagt, so kann sie dort in Betracht kommen, wo dieser zeichengesetzliche Schutzbereich nicht mehr wirkt.

Dies kann der Fall sein bei fehlender Verkehrsgeltung von Warenkennzeichen i.S. § 25 WZG, bei fehlender Verkehrsdurchsetzung nach § 4 Abs.3 WZG und bei fehlendem Registereintrag.

aa) Fehlender Registereintrag - fehlende Verkehrsdurchsetzung

Zunächst geht es um die Fälle fehlender Registrierung und fehlender Verkehrsdurchsetzung nach § 25 WZG, folglich

15) Vgl. oben S.193.

15a) Soweit "versteckte Bezugnahme" und "Rufausbeutung" als unlauterkeitsbegründend herangezogen wird, vgl. Kritik hieran oben, S.145 ff. Der Fall "offene Bezugnahme" tangiert nicht zeichenrechtlich geschützte Funktionen, vgl. oben S.145 ff., insbesondere S.146, Fußn.146.

um den wettbewerbsrechtlichen Schutz der sogenannten Ausstattungsanwartschaft. Er greift auch dann ein, wenn eine nur örtlich beschränkte Verkehrsgeltung für kennzeichnungs-kräftige Merkmale vorliegt oder wenn es um den Schutz nur im Ausland eingetragener oder geschützter Kennzeichen geht¹⁶⁾. Da es um den Schutz des Kennzeichens und seiner Funktion geht, ist zu fordern, daß das zu schützende Merkmal von Natur aus geeignet ist, als betrieblicher Herkunftshinweis zu wirken und daß es in den beteiligten Verkehrskreisen in gewissem Umfang bekannt geworden ist¹⁷⁾. Ein solcher "wettbewerblich wertvoller Besitzstand"¹⁸⁾ ist insbesondere vorhanden, wenn örtlich beschränkte Verkehrsbekanntheit der Kennzeichnung vorhanden ist und Ausdehnungstendenzen über diesen Bereich hinaus gehend erkennbar sind. Hier ist an erfolgte oder unmittelbar bevorstehende Filialgründungen, an Verhandlungen über Lieferverbindungen über den bisherigen Bereich hinaus zu denken. Die Bekanntheit kann auch hinsichtlich der be-

16) Der Fall der Notorietät nach § 4 Abs.2 Nr.5 WZG geht weiter, vgl. Baumbach-Hefermehl, § 4 WZG, Anm.102; v.Gamm, § 4 WZG, Anm.110.

17) BGH v.3.1.1961, GRUR 1961, 244 - natürlich in Revue; BGH - v.26.6.1968, GRUR 1969, 190, 191 - Halazon; OLG Koblenz v.12.7.1968, GRUR 1970, 95 - Atriumphoto; LG Düsseldorf v.4.4.1967, WRP 1967, 462 - Kosmetika; zustimmend Schroeter, WRP 1968, 435; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 133, 140.

18) Vgl. Ulmer, ZHR 1951, 49 f.; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 141. Zuletzt deutlich in BGH v.28.1.1977 - Gebäudefassade, Az. I ZR 109/75, noch nicht abgedruckt, wo das Gericht wegen einer mit einem geometrischen Blütenmuster bemalten Hausfassade einen wettbewerblichen Besitzstand zubilligte, der durch Originalität und Bekanntheit in weiten Kreisen des Verkehrs geprägt wurde. Daß allerdings subjektive Unlauterkeit erst aus dem Verhalten der Bekl. im Prozeß, zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz, sozusagen aus der Uneinsichtigkeit gefolgert wurde, dies erinnert an die "mala fides supervenientis" des RG; dazu oben S.9 m.w.N. Es hätte näher gelegen, der Beklagten als wettbewerbsvertrauter Konkurrentin die Kenntnis der Fassaden des klägerischen Unternehmens zuzutrauen, die auch Verbraucherkreisen nach der Lebenserfahrung unterstellt werden.

troffenen Verkehrskreise von beschränktem Umfang sein, wenn sie in noch nicht erheblichen Teilen der beteiligten Verkehrskreise besteht, eine Durchsetzung in maßgeblichen Kreisen aber zu erwarten ist.

Auch ausländische Tatsachen können in eine wettbewerbliche Betrachtung in ihrer Tatbestandswirkung mit einbezogen werden¹⁹⁾, so im Modess-Fall²⁰⁾ die ausländische Überraschende, auch in das Inland hinüberwirkende Verkehrsgeltung, im Fall "Siroset" und "Recrin"²¹⁾, das mit ausländischem Zeichenschutz versehene patentierte Verfahren. In diesen Fällen war allerdings nicht vermeidbare Herkunftstäuschung der Kern des Vorwurfs, sondern vermeidbare Behinderung durch unberechtigt im Inland eingetragene Warenzeichen^{21a)}. Abgesehen von solchen Fällen kommt vermeidbare Herkunftstäuschung nur in Betracht, wenn im Inland die Anfänge einer materiellen Herkunftshinweiswirkung durch Benutzung vorliegen, da andererseits sowohl das Wettbewerbsverhältnis wie auch das Rechtsschutzinteresse generell fraglich wird²²⁾.

Hinzukommen muß aber neben der Benutzung eines zeichenverwechslungsfähigen Merkmals²³⁾, daß diese verwechslungsfähige

19) Vgl. oben S.169; Schricker, Festschrift f.E.Ulmer, GRUR Int. 1973, 453, 459.

20) BGH v.23.3.1966, GRUR 1967, 298.

21) BGH v.11.11.1966, GRUR 1967, 304 - Siroset; BGH v.2.4.1969, GRUR Int.1969, 257 - Recrin.

21a) Es handelt sich hier um Sonderfälle unlauteren Zeichenerwerbs im Verhältnis Agent-Hersteller, vgl. hierzu umfassend Bauer, Die Agentenmarke, insbes. S.205 ff.

22) Vgl. Schricker, Festschrift f.Ulmer, GRUR Int.1973, 457; sachlich gleichliegend fordert BGH v.3.1.1961, GRUR 1961, 244, 245 - natürlich in Revue: "...eine wettbewerbsfremde Nachahmungshandlung ... setzt voraus, daß ... die nachgeahmte Werbung ... einen gewissen Bekanntheitsgrad im Verkehr erlangt hat, so daß die Gefahr besteht, daß der Verkehr auch die nachgeahmte Werbung dem Nachahmer zurechnet."

23) Wobei auch Einzelmerkmale aus anderen Kennzeichen übernommen sein können, in denen sie kennzeichnungskräftig hervortreten: vgl. BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371, 375 - Maggi; BGH v. 12.7.1967, GRUR 1968, 581, 583 - Blunazit.

Mitbenutzung für den Wettbewerber vermeidbar ist. Hierin liegt der Schwerpunkt der Wettbewerbswidrigkeit, im Rahmen des Begriffs der Vermeidbarkeit erfolgt auch die Abwägung der Gesichtspunkte. Sie sind objektiver und subjektiver Art, wobei gerade letztere schwer nachweisbar sind. Die Rechtsprechung hilft sich mit aus den objektiven Gegebenheiten des gesamten Falles abgeleiteten Indizien und Indizsituationen, aus denen sie die Vorwerfbarkeit des Handelns herleitet²⁴⁾.

So ist früher häufiger der Standpunkt vertreten worden, bei Warenkennzeichen sei ein Abweichen von Kennzeichen anderer häufiger und leichter möglich als bei Warengestaltungen selbst²⁵⁾. Diese Auffassung hat das Gericht jetzt korrigiert: Sachliche Gründe des Zeitgeschmacks und der besseren Kontrastwirkung zu Werbezwecken, die zu gewisser Ähnlichkeit zwischen zwei Konservenzeichen führten, genügten dem Gericht, um die Wettbewerbswidrigkeit zu verneinen²⁶⁾. Auch wo die Mitbenutzung aus objektiven Gründen nicht vermeidbar und damit nicht wettbewerbswidrig ist, kann eine deutlich sichtbare innere Einstellung auf die Beurteilung der objektiven Gründe einwirken. Sie kann dazu führen, daß die Berufung auf sachliche Gründe der Mitbenutzung als bloße Schutzbehauptung zu werten ist.

Ist aber die Mitbenutzung aus sachlichen Gründen vermeidbar, so ist zu fragen, ob sie der Wettbewerber vorwerfbar zur Beeinträchtigung seines Konkurrenten einsetzt. Für die Beantwortung dieser Frage ist der gesamte Lebenssachverhalt zur Prüfung und Beurteilung heranzuziehen. Dazu gehört vor allem Kenntnis des "angreifenden" Wettbewerbers, oder Kennenmüssen von der Zeichengestaltung des Konkurrenten, hergeleitet aus sachlicher oder örtlicher Nähe oder auf Grund persönlicher

24) Vgl. BGH v.14.4.1965, GRUR 1966, 30, 33 - Konservenzeichen I.

25) BGH v.4.1.1963, GRUR 1963, 423, 429 - coffeinfrei.

26) BGH v.5.3.1971, GRUR 1971, 305, 308- Konservenzeichen II.

Verbindung. Hierzu zählen z.B. Kenntnisse auf Grund von Verhandlungen oder auf Grund bereits bestehender sachlich oder örtlich beschränkter Bekanntheit des Zeichens²⁷⁾.

Zur Kenntnis vom werdenden Zeichenrecht des Wettbewerbers muß hinzukommen die Kenntnis der Ausdehnungstendenz und das hieraus abzuleitende Bewußtsein - nicht die Absicht -, Verwechslungen herbeizuführen^{27a)}. Auch diese Kenntnis wird sich aus persönlichen oder wettbewerbsrechtlichen Kontakten der Streitparteien herleiten lassen. Unter solchen Umständen ist es am Beklagten, sein Verhalten plausibel zu machen. Damit darf jedoch keine volle Rechtfertigung verlangt werden, wie sie der BGH fordert²⁸⁾. Vielmehr genügt es, wenn dieser Gründe für sein Verhalten anführt, die vernünftigerweise sein Vorgehen erklären können²⁹⁾. So sind die Fortentwicklung und Modernisierung einer eigenen

27) Die Bekanntheit des Zeichens wird hier nur als Hilfsargument im Rahmen der notwendigen Gesamtbeurteilung mit herangezogen, sie darf nicht zur Rechtfertigung für wettbewerbsrechtlichen Schutz sein, mit dem sonst das Benutzungsprinzip ins deutsche Warenzeichenrecht eingeführt würde.

27a) Im jüngst vom BGH erlassenen Urteil vom 28.1.1977 - I ZR 109/75 - Gebäudefassade, zum Abdruck in GRUR vorgesehen, sah das Gericht die subjektive Vorwerfbarkeit des Handelns darin, daß die Beklagte im Prozeß die Richtigkeit der von ihr vertretenen Auffassung behauptete. Dieser nicht unbedenkliche Rückgriff auf den Gedanken der "mala fides supervenieus" - s. dazu oben S.9 - wäre nicht erforderlich gewesen. Denn da beide Parteien Möbelhäuser waren und es um die fast unveränderte Übernahme der kennzeichnungskräftigen Fassadenbemalung durch die Bekl. ging, wäre das Bewußtsein der Verwechslungsgefahr wohl mit Branchenbekanntheit der Fassadengestaltung der Kl. zu begründen gewesen.

28) So z.B. BGH v.9.7.1965, GRUR 1965, 601, 605 - Roter Punkt,

29) So BGH v.4.1.1963, GRUR 1963, 423, 429 - coffeinfrei; BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371, 377 - Maggi.

Zeichenreihe mit dem Ziel der besseren Kontrastwirkung für Fernsehwerbung als vernünftiger Grund für eine objektive Annäherung von Kennzeichen anerkannt worden³⁰⁾. In einem anderen Fall wurde vom BGH die Frage gestellt, warum die Beklagte nicht für die Bezeichnung eines Zitronengetränks einen gelben Punkt statt des gewählten - und beanstandeten - roten punktes verwendete³¹⁾. Bereits im Centra-Urteil³²⁾ war als Indiz für die innerere Haltung des Beklagten gewertet worden, daß er in Werberundschreiben behauptete, die Kundschaft habe den Namen "Renta" "gewiß schon gehört", obwohl er gerade erst als Firmenname eingetragen und vorher nicht benutzt worden war; im "Coffeinfrei"-Fall³³⁾ wurden sowohl persönliche Kenntnis des Beklagten von der Kennzeichnung des Klägers als entscheidungserheblich angesehen wie auch die Tatsache, daß der Beklagte eine Ausstattung erheblich abgeändert hatte, von der er behauptete, sie gehöre zu Deutschlands meistgetrunkenem Kaffee, womit sie eigentlich einen - für ihn - erheblichen Werbewert hätte haben müssen.

bb) Fehlende ursprüngliche Unterscheidungskraft

Schärfere Anforderungen sind an die Voraussetzungen wettbewerbsrechtlichen Schutzes zu stellen, wenn sein Gegenstand die nicht ursprünglich unterscheidungskräftigen Kennzeichnungen des § 4 Abs.2 Nr.1 WZG sind. Zu ihren Gunsten hat der Gesetzgeber des WZG in § 4 Abs.3 WZG die Möglichkeit registerrechtlichen Schutzes erst bei vollständiger oder überwiegender Verkehrsanerkennung vorgesehen³⁴⁾. Er hat sie damit bei nachgewiesener materieller Individualisierungs- und Herkunftsfunktion

30) BGH v.5.3.1971, GRUR 1971, 305, 308 - Konservenzeichen II.

31) BGH v.12.7.1967, GRUR 1968, 581, 586 - Blunazit.

32) BGH v.17.3.1965, GRUR 1966, 38, 42.

33) BGH v.4.1.1963, GRUR 1963, 423, 429.

34) Baumbach-Hefermehl, § 4 WZG, Anm.66 statt aller.

als schutzwürdig anerkannt. Sie können auch nach § 25 WZG Ausstattungsschutz genießen, sofern innerhalb eines nicht unerheblichen Teils der beteiligten Verkehrskreise die Anerkennung als Kennzeichen besteht, auch wenn diese Verkehrsdurchsetzung für eine Registrierung nach § 4 Abs.3 WZG nicht ausreichen würde³⁵⁾. Ebenso wie für das Eintragungsverfahren sind daher für den wettbewerbsrechtlichen Schutz derartiger Kennzeichnungen erhöhte Anforderungen an das schutzwürdige Interesse des künftigen Zeicheninhabers zu stellen. Die Interessen des Wettbewerbs und der betroffenen Verkehrsteilnehmer an einer freien Mitbenutzung allgemein gebräuchlicher oder beschreibender Merkmale gehen dem Monopolisierungsbestreben des Zeicheninhabers so lange vor, als nicht der Verkehr selbst die "Absonderung" vollzieht. Hinzu tritt als Verstärkung der Gedanke der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, wonach erst die äußerlich feststellbare Zuordnung zu rechtlicher Qualifikation führt³⁶⁾. Diese generelle Interessengewichtung führt dazu, eine wettbewerbswidrige Benutzung von ursprünglich nicht unterscheidungskräftigen Zeichenmerkmalen erst dann anzunehmen, wenn für die Merkmale eine Verkehrsanerkennung vorliegt, die jedenfalls räumlich beschränkten Ausstattungsschutz nach § 25 WZG zuließe und die Ausdehnungstendenz hat. Wenn dann der Angreifer hiervon Kenntnis hat oder haben muß, und er zudem keinen kaufmännisch vernünftigen Grund für sein Verhalten angeben kann, so wird man davon ausgehen müssen, daß Täuschungsgefahr in vermeidbarer Weise herbeigeführt wird.

35) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 4 WZG, Anm.66, statt aller; der Grund liegt darin, daß mit der Eintragung nach § 4 Abs.3 WZG Schutz für den gesamten Geltungsbereich des WZG erlangt wird, mit dem Ausstattungsschutz dagegen meist nur örtlich beschränkter Schutzzumfang gegeben ist.

36) Vgl. die Transport- und Bewahrungsfunktion des unmittelbaren evidenten Besitzes bei gutgläubigem Eigentums- und Pfandrechterwerb, BGH v.21.12.1960, BGHZ 34, 153; Palandt-Degenhart, Vorbem. vor § 932; § 1257, Anm. 2a.

Unter diesen Gegebenheiten besteht für die Ausstattungsanwartschaft am ursprünglich nicht unterscheidungskräftigen Kennzeichen das gleiche Schutzbedürfnis wie für die "normale" Ausstattungsanwartschaft; der Meinung v.Gamms³⁷⁾, wonach für nicht unterscheidungskräftige Angaben ein Wettbewerbsschutz grundsätzlich auszuschneiden habe, kann daher nicht zugestimmt werden.

2. Vermeidbare Behinderung des Zeichens

Eine weitere Fallgruppe, die wohl als häufigste ergänzend zum warenzeichenrechtlichen Kennzeichenschutz hinzutritt, ist vermeidbare Behinderung des Wettbewerbers. Sie kann sich gegen das Kennzeichen selbst und seine Funktionen richten: dann erfordert Behinderung des Kennzeichens verwechselbare Ähnlichkeit der kennzeichnenden Merkmale. Sie kann sich aber auch gegen den Wettbewerber selbst und sein Unternehmen richten: dann ist eine solche Vielfalt der Möglichkeiten gegeben, daß sich keine konkrete Fallkonstellation nennen läßt, hier sind nur Aspekte einer Wertung für den jeweiligen Einzelfall aufzuzeigen.

a) Nicht warenzeichenmäßige Mitbenutzung bei inländischen Zeichen

Behinderung des Zeichens heißt Behinderung seiner Funktionen, insbesondere der Herkunftsfunktion, mit der sachlich Güte- und Werbefunktion mit geschützt sind³⁸⁾. Vermeidbare Behinderung eines Kennzeichens setzt daher verwechslungsfähige Ähnlichkeit der Merkmale selbst voraus³⁹⁾. Ist das angegriffene Zeichen

37) In: Festschrift Bundespatentgericht, 133, 140.

38) Vgl. oben S.164.

39) Grundlegend BGH v.11.11.1955, GRUR 1956, 172 - Magirus.

eingetragen oder im Verkehr bekannt, so kann die Behinderung dahin gehen, die Herkunftshinweisfunktion abzubauen, wobei jedoch der Grundsatz gilt, daß kein Inhaber eines Warenzeichens schlechthin Schutz gegen jede Schwächung der Kennzeichnungskraft erhält⁴⁰⁾. Vielmehr kann wettbewerbsrechtlich nur gegen Behinderungen des Inhabers von Warenzeichen und Ausstattungen eingeschritten werden, wenn sie dem Wettbewerber objektiv und subjektiv vermeidbar gewesen wären, die Tatsache, daß er sie nicht unterließ, daher auf "feindliche" Absichten schließen läßt. Dieser wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch wegen vermeidbarer Behinderung ist für den ergänzenden Schutz von Warenkennzeichen besonders dann von Bedeutung, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des zeichenrechtlichen Schutzanspruchs nicht erfüllt sind; hier kommen fehlende Verwechslungsgefahr oder Warenungleichartigkeit neben der nicht zeichenmäßigen Verwendung in Betracht⁴¹⁾.

Die nicht zeichenmäßige Mitverwendung unregelmäßig gezackter Sterne wurde für wettbewerbswidrig erachtet, weil die Parteien in einem besonders nahen Wettbewerbsverhältnis standen - beide verlegten Wochen-Illustrierte und Bücher -, die Beklagte schon früher wettbewerbswidrig ähnliche Bezeichnungen verwendet hatte und weiterhin kein begründetes eigenes Interesse an der Mitverwendung vorbringen konnte. Angesichts der weiten Verbreitung der beklagten Verlagserzeugnisse bejahte der BGH eine empfindliche Schädigung der Werbekraft und der Herkunftshinweisfunktion

40) BGH v.5.4.1957, GRUR 1957, 435 - Eucerin.

41) Vgl. BGH v. 11.11.1958, GRUR 1959, 182, 186 - Quick; ständige Rechtsprechung; BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371 - Maggi und BGH v.12.7.1967, GRUR 1968, 581 - Blunazit; oben S. 96 wurde aber bereits ausgeführt, daß wettbewerbsrechtlicher Schutz bei Warenungleichartigkeit nur in Ausnahmefällen erhältlich ist und daß Wettbewerbsschutz ohne Verwechslungsgefahr nur in wenigen denkbaren Fällen möglich ist. Als Hauptanwendungsgebiet bleibt daher die nicht zeichenmäßige Mitverwendung von Warenkennzeichen.

des klägerischen Zeichens und verurteilte wegen wettbewerbswidriger Behinderung⁴²⁾. Im "Lesering"-Urteil⁴³⁾ wurde die nicht kennzeichenmäßige Verwendung von geschützten Warenzeichen als Gattungsbegriff für wettbewerbswidrig erklärt, wenn ein Mitbewerber ersichtlich darauf abzielt, die Herkunftshinweisfunktion des Zeichens zu beeinträchtigen und hierfür keinen sachlichen Grund angeben kann. Im konkreten Fall sah dies das Gericht deshalb als gegeben an, weil der Mitbewerber versuchte, durch Veröffentlichungen in der Presse dahingehend auszuüben, das geschützte Zeichenwort in der Öffentlichkeit als einen bereits allgemein gebräuchlichen und feststehenden Gattungsbegriff erscheinen zu lassen. Vor der Verurteilung schützte in diesem Fall nur die Tatsache, daß ein nicht ganz unerheblicher Teil des Verkehrs das Wort bereits als Sammelbegriff kannte und daher eine Verwendung in diesem Sinne nicht als wettbewerbswidrig verurteilt werden konnte. Insbesondere kann in diesem Zusammenhang nicht von der Kennzeichnungskraft des Zeichens selbst abgesehen werden, die bei derartigen Begriffen, die dem Sinngehalt nach Eindrücke von der Art der Ware oder ihrem Vertrieb vermitteln, nicht sehr hoch ist. Das derart eingeschränkte Schutzbedürfnis des Zeicheninhabers läßt daher - ohne weitere wettbewerbswidrige Umstände - eine nicht zeichenmäßige Verwendung der Kennzeichnungen als nicht wettbewerbswidrig erscheinen⁴⁴⁾.

b) Benutzung bei ausländischen Zeichen.

Die Fallgruppe der wettbewerbswidrigen vermeidbaren Behinderung durch Beeinträchtigung des Zeichens selbst kann nach den Prinzipien des Wettbewerbsrechts auch gegeben sein, wo kein inländisches Kennzeichenrecht vorliegt.

42) BGH v.13.10.1959, GRUR 1960, 126 - Sternbild.

43) BGH v.12.7.1963, GRUR 1964, 82, 85.

44) So BGH v.12.7.1963, GRUR 1964, 86 - Lesering und BGH v. 30.5.1969, GRUR 1970, 33 - Heinzelmannchen.

Erforderlich ist auch hier ein wettbewerbsrechtlicher Besitzstand, der allerdings auch im Inland bekannt sein muß. So ist zwar nicht Notorietät i.S. § 4 Abs.2 Nr.5 WZG zu fordern, der BGH spricht aber immerhin von Weltgeltung einerseits⁴⁵⁾, andererseits von Kenntnis wenigstens inländischer Fachkreise⁴⁶⁾. Von Bedeutung kann auch die Tatsache sein, daß das Zeichen im unmittelbar benachbarten Ausland eingetragen und benutzt ist, zu dem traditionell enge Handelsbeziehungen bestehen⁴⁷⁾.

Weiterhin ist zu fordern, daß die Eintragung oder Aufnahme der Benutzung des Zeichens im Inland bevorsteht - entsprechend dem Erfordernis der Ausdehnungstendenz räumlich begrenzter Ausstattungsrechte.

Kennt der inländische Wettbewerber⁴⁸⁾ diesen Sachverhalt und läßt er sich dennoch ohne ein kaufmännisch begründetes Interesse das ausländische Zeichen im Inland eintragen, so spricht dieses Verhalten wegen der derart bewirkten Behinderung des ausländischen Zeichens - und seines Inhabers - für einen aus § 1 UWG begründeten Unterlassungsanspruch. In zwei der vom BGH entschiedenen Fälle⁴⁹⁾ waren die Parteien vor der inländischen Anmeldung ausländischer Zeichen in Verhandlungen gestanden, bei denen Umfang und "Ausdehnungstendenzen" des ausländischen Zeichens bekannt geworden waren, im "Recrin"-Fall wurde die Klage dagegen wegen nicht nachgewiesener Kenntnis von der Benutzungsabsicht im Inland abgewiesen⁵⁰⁾. Kann

45) BGH v.23.3.1966, GRUR 1967, 298, 301 - Modess.

46) BGH v.11.11.1966, GRUR 1967, 304, 306 - Siroset.

47) BGH v.2.4.1969, GRUR Int.1969, 257 - REcrin, für das Verhältnis Deutschland-Österreich.

48) Im Fall Siroset, BGH v.11.11.1966, GRUR 1967, 304, fehlte dem Beklagten ein eigener Geschäftsbetrieb, ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs war auch aus diesem Grund zu verneinen, die Verurteilung erfolgte aus § 826 BGB.

49) GRUR 1967, 298 - Modess und GRUR 1967, 304 - Siroset.

50) Vgl. BSH v.2.4.1969, GRUR Int.1969, 257, 259.

der Beklagte unter diesen Aspekten keine schützenswerten eigenständigen Interessen an der Zeichenanmeldung darlegen, so muß aus seinem Vorgehen auf Wettbewerbswidrigkeit geschlossen werden, die sich aus dem Einsatz der Sperrwirkung des eingetragenen Zeichens gegen den eine eigene Zeicheneintragung erstrebenden Ausländer ergibt⁵¹⁾.

Ebenso wie bei der Fallgruppe "vermeidbare Herkunftstäuschung" setzt "vermeidbare Behinderung" als ergänzender wettbewerblicher Kennzeichenschutz voraus, daß eine wenigstens beginnende Herkunftskennzeichnung vorliegt. Im Bereich des Kennzeichenschutzes konkretisiert sich dieses Erfordernis wettbewerblicher Eigenart des Schutzobjektes auf die materielle Herkunftsfunktion der kennzeichnenden Merkmale⁵²⁾. Für die wettbewerbliche Eigenart im Inland genügt insofern der formelle oder materielle Kennzeichenschutz des Auslandes als Voraus-Tatbestand.

c) Umfassende und häufige Nachahmung der Kennzeichen - "parasitärer Wettbewerb"

"Vermeidbare Behinderung" - auch des Kennzeichens in seinen Funktionen -, aber hauptsächlich des Wettbewerbers, liegt schließlich auch vor, wenn ein Konkurrent jede neue Bezeich-

51) BGH v.23.3.1966, GRUR 1967, 298 - Modess: Verhinderung des Eindringens in den inländischen Markt; BGH v.11.11.1966, GRUR 1967, 304 - Siroset: Erzwingung von Konzessionen zum Alleinvertrieb; es handelt sich hier um Sonderfälle im Vorfeld der Beziehungen Agent-Hersteller, denen die warenzeichenrechtliche Regelung des § 11 Abs.1 Ziff.1a WZG nicht gerecht werden kann; vgl.hierzu umfassend Bauer, Die Agentenmarke.

52) Ebenso im Ergebnis v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 133, 140, der aber für die Angaben des § 4 Abs.1 und Abs.2 Ziff.1 WZG wettbewerbsrechtlichen Schutz grundsätzlich ausscheidet und hierbei die Möglichkeit räumlich begrenzten Ausstattungsschutzes und die daraus entstehende Schutzbedürftigkeit übersieht.

nung, jedes neue Produkt und jede neue Werbemaßnahme seines Mitbewerbers dadurch angreift, daß er sie unmittelbar nach ihrem Erscheinen nachahmt, auch wenn keine unmittelbare Verwechslungsgefahr gegeben ist. Für den wettbewerbsrechtlichen Schutz genügt insofern die Ähnlichkeit im Auftreten im Wettbewerb.

Ein Paradebeispiel dieses wettbewerbswidrigen Verhaltens läßt sich dem Rechtsstreit "Motta/Alemagna" entnehmen⁵³⁾, der für Italien die gerichtliche Anerkennung des "parasitären Wettbewerbs" brachte⁵⁴⁾. Dort hatte der Wettbewerber der Bezeichnung "Panfrutto Motta" den Begriff "Dolcefrutto Alemagna" folgen lassen; auf "Mottapan" folgte "Panalemagna", auf "armonia del gusto" der gleichbedeutende Werbeslogan "armonia dei sapori" (Harmonie des Geschmacks). Packungen wurden nachgeahmt, Beilagen ähnelten sich, Preislisten und Vertriebssysteme entsprachen einander, Preisausschreiben wiederholten sich alsbald beim Wettbewerber; wo Motta mit einem "M" auf den Markt kam, folgte Alemagna mit "A". Der Ideenreichere lieferte seinem Konkurrenten die Vorbilder, ohne daß allerdings Verwechslungsgefahr im engeren Sinn gegeben war. Die in solchem Verhalten liegende Be-inderung des Wettbewerbers bei seiner Bemühung, eigenständige Verkehrsgeltung oder Werbekraft für seine Kennzeichen oder Werbemaßnahmen zu erlangen, veranlaßte auch den BGH⁵⁵⁾, von wettbewerbswidriger Behinderung zu sprechen. Hierbei leitete er die Wettbewerbswidrigkeit aus der Häufung der Nachahmungshandlungen her, die - ohne eigene verständige

53) GRUR Int. 1964, 515, m.Anm.Schricker.

54) "Concorrenza parasitaria", vgl. oben S.81. Ähnlich kennt die französische Rechtslehre den Begriff der "concurrency parasitaire", vgl. oben S.68. Für den amerikanischen Rechtsraum vertritt Callmann die Idee vom unlauteren Wettbewerb ohne Wettbewerb, vgl. oben S.42 .

55) Entscheidung v.3.1.1961, GRUR 1961, 244 - natürlich in Revue.

Gründe - nur den Anlaß haben konnten, den Mitbewerber zu behindern. Eine solche Behinderung wird auch dort zu vermuten und vom Konkurrenten zu widerlegen sein, wo der Wettbewerber bereits früher - und dort unter Herbeiführung von Verwechslungsgefahr - wettbewerbswidrig handelte. Unter diesen Aspekten wird er sich sein früheres Verhalten und dessen Nachwirkungen entgegenhalten lassen müssen⁵⁶⁾. Andererseits kann eine zielgerichtete Behinderung des Konkurrenten nicht aus einer, sozusagen bestimmungsgemäßen, Häufung von entfernt ähnlichen Merkmalen beim Wettbewerber hergeleitet werden. Dann nämlich, wenn die Größe eines Bewerbers am Markt oder die Auswirkungen der Massenwerbung mit diesen Kennzeichnungen die Gefahr von Behinderungen und Beeinträchtigungen mit sich bringt⁵⁷⁾. Größe allein ist kein wettbewerbswidriges Verhalten; der Zeicheninhaber hat derart marktwirtschaftliche Beeinträchtigungen seiner Kennzeichnung hinzunehmen⁵⁸⁾.

3. Vertrauensbruch und Erschleichen

Eine seit jeher unproblematische Fallgruppe wettbewerbswidrigen Verhaltens sind diejenigen Fälle, in denen sich der Täter die Kenntnisse für sein Vorgehen unter Vertrauensbruch oder durch Erschleichen verschafft hat⁵⁹⁾. Auf sie braucht daher nicht gesondert eingegangen zu werden⁶⁰⁾.

56) BGH v.13.10.1959, GRUR 1960, 126, 128 - Sternbild.

57) Vgl. BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371 - Maggi; BGH v.12.7.1967, GRUR 1968, 581 - Blunazit.

58) BGH v.5.4.1957, GRUR 1957, 435 - Eucerin; BGH v.22.10.1957, GRUR 1968, 233, 235 - mit dem feinen Wipp.

59) So bereits RG v.9.4.1937, GRUR 1938, 70 - Petit Point; BGH v.14.1.1958, GRUR 1958, 351 - Deutschlanddecke: Vertrauensbruch; BGH v.1.7.1960, GRUR 1961, 70 - Wurftaubenpresse: Erschleichen.

60) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.373 ff. statt aller.

III. Wertende Interessenabwägung als Grundlage der Entscheidung

Wo weder vermeidbare Herkunftstäuschung, noch vermeidbare Behinderung, noch Erschleichen oder Vertrauensbruch als gefestigte Fallgruppen Wettbewerbswidrigkeit indizieren, da entscheidet die wertende Interessenabwägung über das Unlauterkeitsurteil. Für den ergänzenden Schutz von Warenbezeichnungen ist hierbei von folgendem auszugehen:

- Priorität des warenzeichengesetzlichen Schutzes,
- Einwirkung von Lösungsmodellen der gesamten Rechtsordnung,
- Schutzwürdigkeit der angegriffenen Kennzeichnung,
- Vorwerfbarkeit des beeinträchtigenden Handelns.

1. Einwirkung des WZG

Für den Bereich des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutzes bedeutet dies nicht nur die Forderung zu verwirklichen, erst sämtliche Erkenntnisquellen zur registerrechtlichen oder ausstattungsrechtlichen Beurteilung eines Sachverhaltes nutzbar zu machen, bevor auf der Grundlage des § 1 UWG geurteilt werden darf. Es bedeutet auch, daß für den wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutz die Wertungen des WZG hinsichtlich der Schutzwürdigkeit zeichenrechtlicher Funktionen zu berücksichtigen und zeichenrechtliche Bewertungen von Handlungen zu beachten sind.

2. Lösungsmodelle der gesamten Rechtsordnung

Wo spezifisch zeichenrechtliche Wertungen fehlen, da müssen andere Gewichtungen der gesamten Rechtsordnung dienstbar ge-

61) BGH v.12.7.1967, GRUR 1968, 581 - Blunazit; BGH v.26.6.1968, GRUR 1969, 190 - Halazon; BGH v.30.5.1969, GRUR 1970, 31 - Heinkelmannchen.

macht werden. Dies gilt für den Grundsatz der Rechtssicherheit und Vorausberechenbarkeit von Tatbeständen, der gerade für wirtschaftliche Investitionsentscheidungen von außerordentlicher Bedeutung ist⁶²⁾. Dies gilt aber auch für andere rechtliche Grundsätze wie den von der Unzulässigkeit des Rechtsmißbrauchs nach § 226 BGB⁶³⁾.

3. Schutzwürdigkeit der angegriffenen Kennzeichnung

Unter den Oberbegriff Schutzwürdigkeit der angegriffenen Merkmale lassen sich die Punkte Eigenartigkeit der Kennzeichnung (Originalität) und Bekanntheit im Verkehr einreihen; beide Komponenten können alternativ oder kumulativ vorliegen.

a) Natürliche Kennzeichnungskraft

Der ergänzende wettbewerbsrechtliche Schutz der zeichenrechtlichen Anwartschaft fordert natürliche Kennzeichnungskraft der Merkmale, verbunden mit einer Bekanntheit in gewissem Umfang⁶⁴⁾. Die Forderung der Rechtsprechung ist - im Interesse der Rechtssicherheit - dahin zu präzisieren, daß neben natürlicher Unterscheidungskraft als Anzeichen künftiger voller Verkehrsdurchsetzung die Anerkennung als Kennzeichen in einem mindestens räumlich begrenzten oder persönlich abgegrenzten Umfang zu treten hat. Denn nur beides zusammen läßt den Schluß zu, daß

62) Vgl. Wiedemann, Festschrift Larenz, 199, 204; die Investitionszurückhaltung der Unternehmer in der Gegenwart ist wohl auch auf die Ungewißheit über die sozial- und wirtschaftspolitischen Entwicklungen zurückzuführen.

63) Vgl. hier Schroeter, WRP 1968, 435. Der gedankliche Ansatz hilft jedoch nicht weiter, da auch Rechtsmißbrauch auf Grund einer wertenden Interessenabwägung festgestellt wird.

64) So BGH v.26.6.1968, GRUR 1969, 190, 191 - Halazon; ihm folgend Schroeter, WRP 1968, 435; v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 133, 141.

daß es sich um ein künftig zur Ausstattung in größerem Umfang werdendes Zeichenrecht handelt. Wollte man auf die natürliche Unterscheidungskraft - diese jeweils bezogen auf die jeweilige Ware - verzichten, so würden dem Verkehr freihaltebedürftige oder zeichenunfähige Merkmale i.S. § 4 Abs.2 Nr.1 WZG durch das Wettbewerbsrecht entzogen. Verzichtete man auf die Bekanntheit im Sinne eines jedenfalls räumlich begrenzten Ausstattungsschutzes, so läge die Gefahr nahe, das dem WZG fremde Benutzungsprinzip wettbewerbsrechtlich zu sanktionieren⁶⁵⁾.

Originalität einer Kennzeichnung und Bekanntheit im Verkehr sind voneinander abhängig und beeinflussen sich gegenseitig. Bis zu einem gewissen Grad kann natürliche Unterscheidungskraft ersetzt werden durch Werbeaufwand, unterstützt durch warenbezogene Qualitätserwartungen und -vorstellungen⁶⁶⁾.

b) Verkehrsbekanntheit

Für die wettbewerbliche Wertung ist erheblich, daß der Gesetzgeber des WZG auch die nur tatsächliche Bekanntheit im Verkehr als alleinigen ausreichenden Schutzgrund ansah, wie sich der Vorschrift des § 4 Abs.3 WZG entnehmen läßt. Demzufolge hat auch der Beurteilende davon auszugehen, daß eine wenigstens räumlich begrenzte Verkehrsbekanntheit - unterhalb der vollen Verkehrsdurchsetzung i.S. § 4 Abs.3 WZG, aber ausreichend für die Gewährung eines räumlich begrenzten Ausstattungsrechts nach § 25 WZG -, die damit wenigstens in diesem Umfang der Kennzeichnung Individualisierungsfunktion verleihen, auch wettbewerbsrechtlich die Schutzwürdigkeit außerhalb ihres warenzeichenrechtlichen Schutzgebietes begründen kann.

65) Diese Gefahr sieht auch BGH v.26.6.1968, GRUR 1969, 190, 191 - Halazon; gl. Ansicht insoweit v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 133, 139.

66) Vgl. Becher, MA 1951, 88, oben s.227.

Art und Weise des Merkmals - seine Schreibweise, sein Klangbild, graphische oder optische Gestaltung, Sinngehalt und Nähe zur Beschreibung der Ware oder ihrer Wirkungsweise, nicht zuletzt Art und Umfang des Werbeaufwands als Anzeichen für die Verkehrsdurchsetzung - alles dies ist bei der Prüfung der Schutzwürdigkeit mit zu berücksichtigen⁶⁷⁾.

c) Reelle Ausdehnungstendenz

Hinzu tritt die nicht nur potentielle, sondern reell gegebene Ausdehnungstendenz des nur auf Benutzung und Verkehrsbekanntheit im engen geographischen oder personellen Bereich beruhenden Ausstattungsschutzes. Innerhalb dieses Geltungsbereichs steht dem Inhaber zwar ein Schutz nach § 25 WZG zu, aber außerhalb kann er - den rein wettbewerbsrechtlich konzipierten - Schutz nur in Anspruch nehmen, wenn er dort manifeste wettbewerbliche Interessen hat. Sie müssen, aus Gründen der Sicherung des Rechts durch Offensichtlichkeit, für Dritte erkennbar sein. So genügen die Gründung von Filialen oder Vertriebsstützpunkten, Anwerbung von Handelsvertretern, Werbung im neu zu erobernden Bereich, Testverkäufe u.ä.⁶⁸⁾. Nicht ausreichend sind dagegen im Regelfall betriebsinterne Vorbereitungen zum erweiterten Vertrieb, die nicht nach außen ersichtlich sind. Hierzu wird auch zu rechnen sein, wenn mit Dritten vertraulich verhandelt wird, so z.B. die Konzipierung einer Verkaufs- und Werbekampagne durch

67) BGH v.3.7.1956, GRUR 1957, 88 - Ihr Funkberater; BGH v. 30.1.1970, GRUR 1970, 305 - Löscafé.

68) Die "neue Eroberung" gilt nur hinsichtlich des in Frage stehenden Merkmals und für die damit gekennzeichnete Ware, der Hersteller der Ware kann bereits bekannt sein. Im übrigen würde letzteres ein Indiz für Ausdehnung sein und künftige Durchsetzung erleichtern: zu denken ist hier an die sogenannten Testmärkte, wie z.B. West-Berlin.

eine Werbeagentur, solange sie nicht begonnen hat. Nicht genügend ist auch die vertrauliche Aufnahme von Verhandlungen mit künftigen Handelspartnern.

4. Vorwerfbarkeit des Handelns

Ist die Schutzwürdigkeit derart feststellbar, so ist nicht schlechthin jegliche Beeinträchtigung der werdenden oder gewordenen Herkunftsfunktion wettbewerbswidrig.

Erforderlich ist vielmehr die Vorwerfbarkeit des Handelns, denn nur dieses subjektive Element verhindert, daß der ergänzende wettbewerbsrechtliche Kennzeichenschutz unzulässig in die Nähe des reinen sonderrechtlichen Schutzes gerückt wird. Die Gefahr liegt nahe, wenn statt der erforderlichen Gesamtschau von Schutzwürdigkeit der Kennzeichen und Vorwerfbarkeit des beeinträchtigenden Handelns nur eine der beiden Seiten für erforderlich gehalten wird⁶⁹⁾.

a) Die innere Tatseite.

Vorwerfbarkeit eines Handelns zu beurteilen heißt, Gesinnung und Motive des Täters zu erfassen, die innere Tatseite zu erleuchten. Da wohl kein Wettbewerber offen einen Schädigungs- oder Beeinträchtigungswillen zugeben und seine Gedankengänge erläutern wird, muß der Kläger nach den prozessualen Grundregeln auch diese innere Haltung des Beklagten schlüssig darlegen können, will er nicht Klagabweisung erfahren. Hat er dies getan, so ist es am Beklagten, die Argumente zu wider-

69) So aber BGH v.8.10.1971, GRUR 1972, 189, 191 - Wandsteckdose II; gleicher Ansicht wie hier im Ergebnis v.Gamm, Festschrift Bundespatentgericht, 133, 137.

legen und verständige - vor allem wirtschaftlich-kaufmännische - Gründe für sein Handeln vorzutragen⁷⁰⁾. Einen "echten Beweis" für innere Tatsachen gibt es nicht, sie müssen stets aus dem äußeren Sachverhalt abgeleitet werden⁷¹⁾.

b) Beweisanzeichen

Hierbei helfen Tatsachen, Situationen, die Lebenserfahrung und der Sachverstand der Richter⁷²⁾.

-
- 70) Vgl. BGH v.4.1.1963, GRUR 1963, 423, 429 - coffeinfrei; in BGH v.12.7.1967, GRUR 1968, 581, 586 - Blunazit, werden dem Beklagten solche verständigen Gründe geradezu in den Mund gelegt: "Ein Verzicht auf einen roten kreisrunden Blickfang wäre für die Beklagte allerdings dann unzumutbar, wenn er beispielsweise als Bestandteil des alten "Bosco"-Zeichens bereits eine gewisse Bekanntheit zu ihren Gunsten erlangt und die Beklagte daher ein Interesse daran gehabt hätte, bei ihrer neuen Ausstattung daran anzuknüpfen." Gleicher Ansicht wie hier Schroeter, WRP 1968, 435.
- 71) BGH v.4.1.1963, GRUR 1963, 423, 429 - coffeinfrei: vom Beklagten wird eine überzeugende Erklärung für das Zusammenreffen von Umständen verlangt; BGH v.17.3.1965, GRUR 1966, 38, 42 - Centra; ausdrücklich in diesem Sinne BGH v.14.4.1965, GRUR 1966, 30, 33 - Konservenzeichen I.
- 72) Für Tatsachen: BGH v.12.7.1967, GRUR 1968, 581, 585 - Blunazit: konkrete Ausweichmöglichkeit - gelber statt roter Punkt - als Indiz der Wettbewerbswidrigkeit; für die konkrete Wettbewerbsslage und Lebenserfahrung: BGH v.9.7.1965, GRUR 1965, 601, 605 - Roter Punkt: in der Regel verfügt der Kaufmann über genaue Kenntnis von Aufmachungen bekannter Konkurrenzzeugnisse, eine Annäherung läßt daher nach der Lebenserfahrung auf den Ausbeutungswillen schließen; BGH v.5.3.1971, GRUR 1971, 305, 307 - Konservenzeichen II: Beurteilung der beteiligten Verkehrskreise "nach der Lebenserfahrung und dem Umstand, daß die gekennzeichneten Konservendosen Waren des Massenkonsums sind"; BGH v.8.10.1971, GRUR 1972, 189, 190 - Wandsteckdose II: Mutmaßungen über die Höhe des Gewinns nach der Lebenserfahrung; für Sachkunde der Richter: BGH v.26.6.1968, GRUR 1969, 190, 192 - Halazon: dem Richter wird Urteilsfähigkeit über die Kennzeichnungskraft in deutlichen Fällen zugebilligt; OLG Koblenz v.12.7.1968, GRUR 1970, 95 - Atriumphoto: Beurteilung der Verkehrsauffassung auf Grund eigener Sachkunde des Senats, "weil die Allgemeinheit der Käufer als Adressat der Interlübke-Werbung in Betracht kommt".

c) Die Handlung selbst als Anhaltspunkt

Auch die Handlung selbst kann für sich allein schon Schlüsse auf die innere Haltung des Täters zulassen: bei konkreter Kenntnis des Wettbewerbers, seiner Ausdehnungsabsichten und Kennzeichnungen unter dem Schutz des territorialen Grundsatzes Warenzeichen anzumelden, ohne selbst bereits einen Geschäftsbetrieb zu haben, spricht für Wettbewerbswidrigkeit⁷³⁾. Auch das konkrete Wettbewerbsverhalten in der Vergangenheit kann Rückschlüsse auf die innere Tatseite ermöglichen, wie ja auch langjähriger "erbitterter" Wettbewerb die Grundstimmung der Konkurrenten indizieren kann⁷⁴⁾.

d) Der konkrete Wettbewerbsbezug

Gleichermaßen kann ein besonders enges Wettbewerbsverhältnis mit dazu beitragen, Wettbewerbshandlungen in einem ungünstigen Licht erscheinen zu lassen. Dann nämlich, wenn die Nähe zum Konkurrenten genaue Kenntnis seines zeichenmäßigen Schutzbereichs und seiner Ausdehnungsabsichten ersehen läßt, denen ohne eigene vernünftige Gründe entgegengetreten wird⁷⁵⁾. Die Nähe zum Konkurrenten wurde indirekt auch im "Lesering"-Fall gewürdigt⁷⁶⁾, wo sie hergestellt wurde durch einen zwischen den Parteien schwebenden Rechtsstreit darüber, ob "Lesering"

73) BGH v.11.11.1966, GRUR 1967, 304, 306 - Siroset; Ähnlich schon BGH v.23.3.1966, GRUR 1967, 298, 302 - Modess; BGH v.2.4.1969, GRUR Int. 1969, 257, 259 - Recrin.

74) Solche Rückschlüsse aus engem Wettbewerbsverhältnis und vergangenem Tun zieht BGH v.13.10.1959, GRUR 1960, 126, 129 - Sternbild.

75) Allgemein bejaht für Handeln in Behinderungsabsicht bei alsbaldiger Nachahmung jeder Wettbewerbsmaßnahme des Konkurrenten, für den konkreten Fall abgelehnt in BGH v. 3.1.1961, GRUR 1961, 244, 246 - natürlich in Revue; gleicher Ansicht für evidenten Behinderungswillen Corte di Cass. v. 17.4.1962, GRUR Int.1964, 515 - Motta/Alemagna.

76) BGH v.12.7.1963, GRUR 1964, 82.

eine Gattungsbezeichnung sei, den der Beklagte durch lancierte Presseveröffentlichungen darstellte, als habe der Verkehr zu seinen Gunsten sich bereits für gattungsmäßige Verwendung entschieden.

e) Zielrichtung des Handelns

Nur derart gezieltes Vorgehen kann trotz des Wertungsvorgangs des § 16 WZG im Rahmen einer Zweck-Mittel-Abwägung die Wettbewerbswidrigkeit nicht zeichenmäßigen Gebrauchs fremder Kennzeichen begründen⁷⁷⁾.

f) Fehlende kaufmännisch-wirtschaftliche Rechtfertigung

Ein Ansatzpunkt zur Beurteilung einer Handlung als wettbewerbswidrig ist auch - und nicht zuletzt - das Fehlen eigener rechtfertigender und begründeter Interessen an der beeinträchtigenden Handlung. Nach der Lebenserfahrung besteht der Satz, daß jede Handlung im Wettbewerb wirtschaftlich-kaufmännisch begründet werden kann. Vermag also der Beklagte keine schlüssigen und anererkennungswerten Gründe seiner Handlungsweise anzugeben, vermag er auch aus den Verkehrsgewohnheiten keine Rechtfertigung seiner Handlung abzuleiten, so spricht die Vermutung für Wettbewerbswidrigkeit, schlägt die Wertung der Interessen zugunsten des Erstberechtigten aus: die Beeinträchtigung von zeichenrechtlichen Funktionen ist unzulässig⁷⁸⁾. Vermag er da-

77) BGH v.30.5.1969, GRUR 1970, 31, 33 - Heinzelmannchen; vgl. Baumbach-Hefermehl, § 16 WZG, Anm.6, 22; § 25 WZG Anm.50.

78) Vgl. z.B. BGH v.23.6.1967, GRUR 1968, 371, 377 - Maggi; BGH v.12.7.1967, GRUR 1968, 581, 585 - Blunazit; BGH v. 5.3.1971, GRUR 1971, 305, 308 - Konservenzeichen II.

gegen eigene aner kennenswerte Interessen und Rechtfertigungsgründe zu nennen, so bleibt es bei dem Grundsatz, daß die bloße Beeinträchtigung des Zeichenrechts außerhalb des Schutzbereichs des WZG nicht wettbewerbswidrig ist, daß Schwächungen des Kennzeichens- und der wettbewerblichen Position - hinzunehmen sind⁷⁹⁾.

Der BGH versuchte diese Grenzlinie zwischen zulässig und unzulässig dadurch zu kennzeichnen, daß er von Mißbrauch des Rechts zur wettbewerblichen Betätigung sprach; an diese systematische Einordnung knüpft Schroeter⁸⁰⁾ an, wenn er Wettbewerbswidrigkeit als Mißbrauch der Annäherungsfreiheit bezeichnet - damit ist sachlich nichts gewonnen. Maßgebend bleibt immer die genaue Würdigung des Sachverhalts durch den Tatrichter. Die vorliegende Arbeit kann ihm nur Anhaltspunkte für die künftige Fallbeurteilung bieten.

79) BGH v.5.4.1957, GRUR 1957, 435, 438 - Eucerin; BGH v. 22.10.1957, GRUR 1958, 233, 235 - mit dem feinen Wipp; BGH v.25.10.1967, GRUR 1968, 425, 427 - Feuerfest II.

80) WRP 1968, 435.

Lebenslauf

Am 13.11.1941 wurde ich als Sohn des Revisors Georg Pluta und seiner Ehefrau Eva, geb. Krause, in Leipzig geboren.

Die Volksschule besuchte ich von 1948 bis 1952 zuerst in Regensburg, dann in München. Dort legte ich auch am Neuen Realgymnasium 1961 das Abitur ab. Anschließend verpflichtete ich mich für zwei Jahre zur Bundeswehr, die ich im Herbst 1963 als Leutnant der Reserve verließ. Vom Wintersemester 1963/64 an studierte ich an der Universität München Jura. Das erste juristische Staatsexamen legte ich im Termin 1968/I ebenfalls in München ab. Anschließend leistete ich einen dreijährigen Referendardienst im OLG-Bezirk München, den ich im Termin 1971/I mit dem zweiten juristischen Staatsexamen abschloß. Bis Juni 1973 war ich als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für internationales und ausländisches Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht in München tätig.

Vom Juli 1973 bis März 1977 war ich Referent für Recht, zunächst in einer Rückversicherung, dann in einer Holding-Gesellschaft, des Versicherungsbereichs, beides in München. Seit 1.4.1977 bin ich Leiter der Rechtsabteilung einer Münchner Brauerei.

Ich bin seit 1969 mit Angela, geb. Vogel, verheiratet.

Angelsried, im Mai 1977

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Jörg Pluta'. The signature is fluid and cursive, with the first name 'Jörg' and the last name 'Pluta' clearly distinguishable.

